

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Commento agli artt. 33 cod. cons. (Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore), 34 cod. cons. (Accertamento della vessatorietà delle clausole), 35 cod. cons. (Forma ed interpretazione)

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/126796> since

Publisher:

Giuffré

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Art. 33

Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore

1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di:

- a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno (*) alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;*
- b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;*
- c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo;*
- d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà;*
- e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere;*
- f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo;*
- g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto;*
- h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa;*
- i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione;*
- l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;*
- m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso;*
- n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione;*

o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto;

p) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto;

q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità;

r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore;

s) consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo;

t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi;

u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore;

v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.

3. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2:

a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore;

b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto.

4. Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempre che vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto.

5. Le lettere h), m), n) e o) del comma 2 non si applicano ai contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato alle fluttuazioni di un corso e di un indice di borsa o di un tasso di mercato finanziario non controllato dal professionista, nonché la compravendita di valuta estera, di assegni di viaggio o di vaglia postali internazionali emessi in valuta estera.

6. Le lettere n) e o) del comma 2 non si applicano alle clausole di indicizzazione dei prezzi, ove consentite dalla legge, a condizione che le modalità di variazione siano espressamente descritte.

(*) Parola modificata dall'art. 5 del d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 (G.U. n. 278 del 29 novembre 2007).

Importanza ++++ - Norma ‘cardine’ del sistema di tutela relativa ai contratti stipulati dal consumatore

Contenuto - La norma definisce l’ambito di applicazione della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Essa prevede, inoltre, l’elenco delle clausole che si presumono ‘vessatorie’ fino a prova contraria

Fonti e sistema – Fonti codicistiche correlate: artt. 1229, 1341, 1342, 1355, 1384, 1462, 1469-bis (ora abrogato), 1490, 1497, 1512, 1664, 1845, 2698, 2965 c.c., art. 18 c.p.c. Fonti normative: l. 7 agosto 1990, n. 241, d. lg. 1 settembre 1993, n. 385, l. 31 maggio 1995, n. 218, l. 14 novembre 1995, n. 481, l. 6 febbraio 1996, n. 52, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, l. 21 dicembre 1999, n. 526, l. 21 luglio 2000, n. 205, l. 3 febbraio 2003, n. 14, d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221. Fonti comunitarie: Regolamento CE n. 44/2001, Direttiva 93/13/CEE

Questioni principali - Attuazione della Direttiva 93/13/EEC - La valutazione del concetto di ‘significativo squilibrio’ secondo la norma in esame al fine di accertare la natura vessatoria di una clausola. Elenco delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria - Clausole relative al foro del consumatore - Rapporto della disciplina in esame con gli artt. 1341 e 1342 c.c. – Diritto contrattuale europeo del consumatore

Applicazioni - La norma in esame concerne la generalità dei contratti conclusi dal consumatore. Questioni legate all’applicabilità della disciplina in esame ai contratti bancari e di investimento, al contratto di fideiussione, nonché ai contratti della pubblica amministrazione

Giurisprudenza essenziale -

Cass. 21 maggio 2008, n. 13051 e Trib. Palermo, 20 febbraio 2008 in *FI*, 2008, I, 2474 - In tema di contratti bancari conclusi con i consumatori, è vessatoria la clausola, contenuta nelle condizioni generali di contratto, che riconosce unilateralmente al professionista la facoltà di modificare le disposizioni economiche del rapporto contrattuale, anche in mancanza di un giustificato motivo, così come richiesto, in via generale, dall’art. 1469-bis, comma 5, n. 11, attualmente riprodotto nell’art. 33, comma 2, lettera m) del d. lgs n. 205 del 2005, non potendosi qualificare tale previsione negoziale come meramente riproduttiva dell’art. 118 del d. lgs n. 385 del 1993, nella formulazione anteriore alla modifica introdotta con l’art. 10 del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella legge n. 248 del 4 agosto 2006, sia perché l’esclusione della vessatorietà delle clausole riproduttive delle disposizioni di legge, prevista nell’art. 1469 ter, comma 3, riprodotta nell’art. 34, comma 3, del D.Lgs n. 206 del 6 settembre 2005, trova applicazione solo quando ne venga trasposto il nucleo precettivo e non, invece, quando il predisponente si avvalga autonomamente di una facoltà prevista dalla norma, isolandola dal contesto normativo in cui si colloca, sia perché l’art. 118 del T.U. bancario ha una portata applicativa non limitata ai contratti con i consumatori.

Trib. Bari, Sez. II, 7 febbraio 2008, n. 327, in *Giurisprudenzabarese.it* - Il n. 19) dell’art. 1469-bis, comma 3, c.c., oggi riprodotto dall’art. 33, comma 2, lett. u), codice del consumo, qualifica vessatoria la clausola avente come effetto quello di “stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diverse da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”. La presunzione di vessatorietà della clausola di cui sopra, vale fino a prova contraria, venendo meno soltanto qualora si dimostri che la stessa ha formato oggetto di trattativa individuale. A tal fine, nei contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari, tale onere probatorio incombe sul professionista, ai sensi dell’art. 1469-ter, comma 5.

(Cass., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, in RFI, 2007, Contratto in genere [1740], n. 283) - Ai fini della disciplina sulle clausole vessatorie, il soggetto che contratta con un professionista non riveste la qualità di consumatore, quando risulta che l'acquisizione del bene o del servizio è finalizzata allo svolgimento di un'attività d'impresa, a prescindere dall'eventuale utilizzazione diretta del bene o del servizio da parte dell'acquirente (nella specie, si è negata la qualifica di consumatore a chi aveva sottoscritto una polizza per la copertura di danni derivanti dall'attività dell'azienda agricola di cui era titolare)

Cass., Sez. III, 11 gennaio 2007, n. 395 (in RCP, 6, 1294, nota di Sanna) - Nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c. (con conseguente sottoposizione delle stesse alla necessaria e specifica approvazione preventiva per iscritto), quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito mentre attengono all'oggetto del contratto - e non sono perciò, assoggettate al regime previsto dal comma 2 di detta norma - le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto corretta "in parte qua" l'impugnata sentenza che aveva qualificato come vessatoria la clausola di un contratto di assicurazione con la quale era stata prevista l'intrasmissibilità del diritto all'indennizzo nell'eventualità in cui l'assicurato fosse deceduto, per cause diverse dall'infortunio, prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa, in quanto essa non riguardava, in alcun modo, né l'oggetto del contratto, né il rischio garantito, introducendosi piuttosto con la stessa una "limitazione" della responsabilità dell'assicuratore).

Trib. Milano, Sez. VI, 27 settembre 2006, n. 10739, in Redazione Giuffré, 2007 - Il contratto quadro di prestazione dei servizi di investimento stipulato da persone fisiche e investitori non professionisti, nonché i singoli negozi di investimento, rientrano nella categoria dei contratti conclusi dal consumatore ai sensi degli art. 1469 bis c.c. e 3 e 33 D.lg. n. 206 del 2005 con conseguente invalidità della clausola derogatoria della competenza territoriale normativamente fissata nel luogo di residenza del contraente consumatore.

Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2006, in CM, 2006, 10 1117 - La natura pubblica del soggetto che opera con strumenti privatistici nei confronti dei consumatori non osta alla sua qualifica in termini di «professionista» ed alla conseguente applicazione della disciplina dettata dal codice del consumo (nella specie, in considerazione dell'applicabilità dell'art. 33, lett. u), è stato ritenuto competente per territorio il giudice del luogo di residenza del consumatore)

Cass., Sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19304, in FI, 2005, I, 2978 - Per ritenere superata la presunzione di vessatorietà della clausola, contenuta in un contratto tra un professionista e un consumatore che stabilisce come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo di quest'ultimo, non è sufficiente invocare esigenze gestionali ed organizzative del professionista, né addurre che tale clausola sarebbe stata liberamente accettata

Trib. Roma, 21 gennaio 2000 (in Giur. Romana, 2000, 430) e App. Roma, 29 aprile 2002 (in Giur. Romana, 2002, 375) - Nei contratti conclusi dalla banca col consumatore devono ritenersi abusive, ai sensi degli art. 1469-bis ss. c.c., le clausole che: (a) consentono alla banca di recedere dal contratto senza preavviso e senza motivazione, ovvero con un preavviso esiguo (nella specie, due giorni); (b) consentono alla banca, in assenza di istruzioni da parte del cliente, di decidere unilateralmente se ed in che modo dare seguito agli incarichi conferitile; (c) escludano la responsabilità della banca, nel caso di sottrazione dei beni custoditi in cassetta di sicurezza, per gli importi ulteriori al massimale dichiarato dal cliente; (d) obbligano il cliente a consentire in via preventiva il trattamento da parte della banca dei propri dati personali; (e) escludono in via preventiva e generale la responsabilità della banca per ogni fatto ad essa non direttamente imputabile; (f) escludono la responsabilità della banca per l'operato del corrispondente cui abbiano affidato l'esecuzione dell'incarico ricevuto dal cliente; (g) addossano al cliente le conseguenze sfavorevoli derivanti dallo smarrimento o dal furto del carnet di assegni, anche quando tali conseguenze siano ascrivibili alla trascuratezza della banca; (h) consentono alla banca di scegliere un foro diverso da quello del luogo di residenza del consumatore; (i) escludono l'obbligo della banca di comunicare al

cliente eventuali variazioni del tasso passivo applicato al rapporto di conto corrente; (l) consentono alla banca di modificare "ad nutum" le condizioni contrattuali anche senza giustificazione; (m) rendono incontestabili le operazioni della banca se non reclamate nel termine "ordinariamente occorrente", come tale discrezionalmente valutabile dalla banca; (n) attribuiscono alle scritture contabili della banca piena efficacia probatoria nei rapporti col cliente; (o) consentono alla banca di non avvisare il cliente del mancato pagamento di assegni e cambiali da questi posti all'incasso; (p) prevedono soltanto in favore della banca la capitalizzazione trimestrale degli interessi; (q) consentono alla banca di agire esecutivamente, direttamente e per l'intero sui beni personali di ciascuno dei coniugi cointestatari; (r) consentono alla banca di derogare alle norme sulla compensazione.

Sommario: 1. L'attuazione della Direttiva 93/13/CEE – 2. La trasposizione dell'art. 1469-*bis* c.c. nel Codice del consumo - 3. L'ambito di applicazione della norma - 4. La clausola generale del "significativo squilibrio" - 5. La buona fede - 6. L'elenco delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria – 6.1. Clausole relative al foro del consumatore - 7. Contratti relativi a servizi bancari e finanziari - 8. Il diritto contrattuale europeo dei consumatori (Cenni)

1. L'attuazione della Direttiva 93/13/CEE.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221, 1469-*bis* c.c. (ora abrogato), l. 3 febbraio 2003, n. 14, l. 21 dicembre 1999, n. 526, l. 6 febbraio 1996, n. 52, Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Cian 1996 - Alpa 2006 - Tripodi 2006 - Rossi Carleo 2006 e 2005- Barenghi 2008 - Morelato 2008

Il Codice del consumo, approvato con il d.lg. n. 206 del 6 settembre 2005, accoglie la disciplina comunitaria su contratti dei consumatori, che era stata in precedenza collocata nel codice civile (Capo XIV-*bis* c.c.) (Alpa 2006, 1-32; Tripodi 2006, 229; Rossi Carleo 2006, 33 e 2005, 879; Barenghi 2008, 211; Morelato 2008, 146-147).

Il capo XIV-*bis* era stato inserito nel codice civile dall'art. 25, l. 6 febbraio 1996, n. 52, legge che ha attuato nel nostro ordinamento la Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (pubblicata in *GUCE*, serie L, n. 95 del 21 aprile 1993).

Il nostro legislatore ha tradotto fedelmente i principi che informano la citata Direttiva, ma senza compiere un reale sforzo di armonizzazione con il diritto nazionale e con qualche omissione ed incongruenza, in relazione ai quali deve soccorrere, in primo luogo, l'interpretazione conforme alla suddetta Direttiva (Cian 1996, 411).

Il testo di attuazione nell'ordinamento italiano, in linea con quanto previsto a livello comunitario, è incentrato sul momento negoziale, prevedendo degli strumenti di controllo dei contratti stipulati mediante l'adesione di un consumatore al regolamento predisposto dalla controparte, anche se non inteso a disciplinare una pluralità di contratti (Cian 1996, 412).

In seguito ai rilievi avanzati dagli interpreti circa i limiti della formulazione della novella codicistica (art. 1469-*bis* c.c.) e all'apertura di alcune procedure di infrazione in

sede comunitaria, gli artt. 1469-*bis* e 1469-*quater* e 1469-*sexies* c.c. sono stati oggetto di alcune correzioni (art. 25 l. 21 dicembre 1999, n. 526): nella prima disposizione è stato eliminato il riferimento restrittivo ai contratti aventi ad oggetto “la cessione di beni o la prestazione di servizi” (riferimento non contemplato nella direttiva e non conforme alla stessa); nella seconda (art. 1469-*quater*) è stato aggiunto dal citato provvedimento (art. 25 l. 21 dicembre 1999, n. 526) il terzo comma (“La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all’art. 1469-*sexies*”, ora art. 35, secondo comma).

L’intervento correttivo del legislatore nazionale non ha tenuto conto del fatto che alcune violazioni erano state, in una certa misura, superate grazie all’attività interpretativa: per esempio, la mancata previsione dell’inciso “che raccomandano” nell’art. 1469-*sexies*” ha consentito, in sede applicativa, di assegnare alla previsione codicistica un ambito di applicazione più ampio di quello indicato dalla Direttiva 93/13/CEE; ed ancora, l’applicabilità dell’art. 1469-*quater*, secondo comma, era stata esclusa, sempre in via interpretativa, in materia di azione inibitoria (in relazione ad entrambi gli aspetti Trib. Roma 21 gennaio 2000, in *BBTC*, 2000, II, 207).

Dal punto di vista del conflitto di leggi nel tempo, la Direttiva 93/13/CEE offriva un criterio esplicito di soluzione (che non è stato tuttavia raccolto dal legislatore nazionale) all’art. 10, secondo comma, prescrivendo l’applicabilità della disciplina a tutti i contratti stipulati successivamente al 31 dicembre 1994, data entro la quale gli Stati membri erano chiamati a dare attuazione alla direttiva, così stabilendosi un criterio coerente all’obiettivo di armonizzazione minima dei diritti nazionali.

In seguito all’entrata in vigore dell’art. 1469-*bis* c.c., la dottrina aveva ritenuto che il vizio previsto per le clausole vessatorie potesse colpire anche le clausole appartenenti a contratti conclusi prima della sua entrata in vigore, e ciò conformemente a un generale orientamento di applicazione immediata dei rimedi contrattuali e alla necessità di previsione espressa del criterio dell’applicazione “postuma” della legge previgente (al momento della conclusione del contratto) (Barenghi 2008, 212).

A tale conclusione portava anche la considerazione della qualificazione in termini di inefficacia del rimedio alla vessatorietà: incidendo sugli effetti degli atti, senza la mediazione di un intervento sulla struttura del contratto, la qualificazione sembrava confermare, sul piano del diritto transitorio, la conseguenza di giustificare l’inefficacia anche per le clausole vessatorie contenute in contratti conclusi prima della sua entrata in vigore in forza di una (implicita) disposizione nazionale più severa (ammissibile, quindi, ai sensi dell’art. 8 Direttiva 93/13/CEE).

Sulla scorta di tali considerazioni, la giurisprudenza era solita concludere che la disciplina qui in esame (art. 1465-*bis* c.c., ora art. 33 Codice del consumo), mentre non dovrebbe poter incidere sulle situazioni già consumate (nel qual caso sarebbe in senso stretto retroattiva, e l’interprete si porrebbe in contrasto con l’art. 11 disp. prel. c.c.), sia applicabile alle clausole contrattuali i cui effetti si protraggono nel tempo, dopo la sua entrata in vigore, o che oltre quel termine siano destinate a divenire efficaci

A tale proposito si possono citare le seguenti sentenze: Cass. 18 maggio 2001, n. 6819, in *FI*, 2001, I, 3183; Trib. Foggia, 18 ottobre 2001, in *FI*, 2002, I, 614; Trib.

Terni, 13 luglio 1999, in *GI*, 2001, 9; Trib. Roma, 5 ottobre 2000, in *RCP*, 2001, 423; Trib. Torino, 12 aprile 2000, in *GI*, 2001, 505; App. Roma 24 settembre 2002, in *GI*, 2003, 119; Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *FI*, 1998, I, 1639; diversamente: Cass. 29 novembre 1999, n. 13339, in *CG*, 2000, 1219; Trib. Messina, 25 marzo 2003, in *Gius*, 2004, 1, 1111.

In materia di usura: Trib. Milano, 13 novembre 1997, in *FI*, 1998, I, 1607. In tema di rinvio agli usi prima della l. 154/1992: Trib. Catania, 29 luglio 1998, in *FI*, 1998, I, 2997. In materia di subfornitura, con riguardo all'art. 3 l. 192/1998, Trib. Taranto 22 marzo 1999, in *FI*, 1999, I, 2077 e di legge antitrust: Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *FI*, 1999, I, 831.

2. La trasposizione dell'art. 1469-bis c.c. nel Codice del consumo.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221, 1469-bis c.c. (ora abrogato), l. 6 febbraio 1996, n. 52, Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia De Nova 1996 - Vaccà 2000 - Conti 2005 - Calvo 2006 - Alpa e Rossi Carleo 2005 - De Cristofaro 2006

La precedente collocazione nel codice civile, in chiusura del Titolo II del Libro IV, sui contratti in generale, era parsa preludere ad una consolidazione interna al codice civile della disciplina dei contratti dei consumatori, mentre la scelta di procedere alla codificazione di settore ha condotto ad espungere dal corpo del codice civile le due discipline sulle clausole vessatorie (art. 1469-bis ss. c.c.) e sulle garanzie nella vendita di beni di consumo (art. 1519-bis ss. c.c.).

Tali discipline sono state, quindi, collocate nel Codice del consumo, e ciò in seguito ai rilievi espressi in proposito dal Consiglio di Stato sul progetto di decreto legislativo (che inizialmente non assorbiva la normativa consumeristica del codice civile) (De Nova 1996, 7; Vaccà 2000, 41; Calvo 2006, 74).

Secondo l'organo consultivo tale omissione avrebbe privato il Codice del consumo di alcune disposizioni fondamentali in tema di tutela del consumatore, incidendo sull'organicità della disciplina e impedendo un'accurata opera di raccordo tra dette norme e quelle collocate al di fuori del codice civile (si pensi, per esempio, al coordinamento tra le norme del Codice del consumo e quelle in materia di azioni delle associazioni dei consumatori di cui all'art. 1469-sexies c.c.).

Il Consiglio di Stato rilevava, in modo particolare, l'esigenza di rendere il nuovo Codice "coerente con il nuovo processo di riassetto normativo (...) e con il rapporto tra codice civile e nuovi "codici di settore". Ed infatti, se la scelta di intervenire sul codice civile era stata motivata dall'assenza di una *sedes materiae* capace di raccogliere organicamente le norme sul consumatore (l. 52/1996, l. 526/1999, l. 14/2003 e d.lg. 24/2002 sulla vendita di beni di consumo), l'adozione del Codice del consumo faceva venire meno le esigenze che avevano giustificato la temporanea inserzione di un apposito Titolo (XIV-bis nel codice civile,) alla fine della parte generale sul contratto e prima della disciplina dei singoli contratti.

Ciò premesso, va osservato che il Codice del consumo prevede alcune modifiche della precedente disciplina, senza tuttavia porre rimedio ai residui difetti di formulazione che erano stati rilevati nel testo originario della novella e che sono stati corretti, solo parzialmente, mediante alcuni interventi successivi. Non è stata, ad esempio, modificata la locuzione “malgrado la buona fede”, che aveva suscitato incertezze sulla possibilità di riferire il dettato normativo alla buona fede soggettiva del predisponente, ovvero di correggere - in via interpretativa - l'espressione della norma, per riferirla alla buona fede oggettiva, secondo quanto emerge dal testo della Direttiva 93/13/CEE. Più importante, il rimedio individuale, che l'iniziale attuazione aveva qualificato in termini di inefficacia (art. 1469-*quinquies* c.c.) viene ora qualificato nel Codice del consumo come “nullità” (ulteriormente qualificata come “nullità di protezione” nella rubrica dell'art. 36). Tale impostazione ha il fine di sottolineare la specificità della disciplina relativa alla tutela contrattuale del consumatore. A ciò si aggiunge che l'ambito della legittimazione attiva delle associazioni dei consumatori risulta, ora, limitato, dal momento che sono legittimate all'azione solo le associazioni iscritte nel registro previsto dall'art. 137 Codice del consumo (Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *BBTC*, 2000, II, 207 e App. Roma, 24 settembre 2002, in *GI*, 2003, 119).

Il Consiglio di stato suggeriva, poi, di accompagnare lo spostamento delle norme in questione dal codice civile a quello del consumo con l'inserimento, in entrambe le sedi, “di disposizioni di reciproco raccordo, anche finalizzate a ribadire la soggezione dei contratti del consumatore ai principi generali e alla normativa del codice civile, per quanto non diversamente disposto, per evitare che il mancato raccordo possa fare ipotizzare, ad esempio, la non applicabilità al consumatore di principi fondamentali (artt. 1175, 1176, 1421 c.c.), ovvero la possibilità di applicazione gli articoli 1341 e 1342 c.c.”.

Tale suggerimento è stato accolto (De Cristofaro 2006, 265; Conti 2005, 1749). In particolare, l'art. 142 Codice del consumo sostituisce, abrogandoli implicitamente, gli artt. da 1469-*bis* a 1469-*sexies* c.c. e riformula l'art. 1469-*bis* come segue: “Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore” (cfr. il commento *sub.* art. 142 Codice del consumo). L'art. 38 Codice del consumo stabilisce, poi, che - per quanto non previsto dal Codice del consumo - trovano applicazione le disposizioni del codice civile ai contratti conclusi tra il consumatore e il professionista (cfr. *sub.* art. 38).

3. L'ambito di applicazione della norma.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221, 1469-*bis* c.c. (ora abrogato), l. 3 febbraio 2003, n. 14, l. 21 dicembre 1999, n. 526, l. 6 febbraio 1996, n. 52, Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia De Nova 1996 - Cian 1996 - Scarpa 1999 – Granieri 2000 e 1999- Calvo 2005 - Delogu 2006 - Minervini 2006 e 2001- Barengi 2008 – Morelato 2008

La disciplina in esame introduce due criteri, uno soggettivo e uno oggettivo, per determinare l'ambito applicativo dell'art. 33 Codice del consumo.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo delle disposizioni in commento, esse si applicano a tutti i contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista.

Le definizioni di consumatore e di professionista, dapprima dettate dall'art. 1469- *bis* cc., sono ora contemplate dall'art. 3 Codice del consumo (cfr. commento *sub* art. 3) con valenza generale per tutte le disposizioni contenute nel codice (Barenghi 2008, 212; Delogu 2006, 87).

Ai fini della disciplina sulle clausole vessatorie, il soggetto che contratta con un professionista non riveste la qualità di consumatore, quando risulta che l'acquisizione del bene o del servizio è finalizzata allo svolgimento di un'attività d'impresa, a prescindere dall'eventuale utilizzazione diretta del bene o del servizio da parte dell'acquirente (nella specie, si è negata la qualifica di consumatore a chi aveva sottoscritto una polizza per la copertura di danni derivanti dall'attività dell'azienda agricola di cui era titolare) (Cass., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, in *RFI*, 2007, *Contratto in genere* [1740], n. 283. Si veda, inoltre, Cass., Sez. III, 8 giugno 2007, n. 13377, in *RFI*, 2007, *Contratto in genere* [1740], n. 346 relativa ad un contratto di leasing).

Per quanto riguarda, invece, l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina, gli artt. 33 e ss. Codice del consumo si applicano a tutti i contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista, e quindi ai contratti aventi ad oggetto la vendita di beni di consumo o la fornitura di servizi al consumatore, ma anche ai contratti di credito al consumo, ai contratti bancari, ai contratti di investimento, ai contratti di vendita di pacchetti turistici, ai contratti di multiproprietà, alla vendite stipulate fuori dai locali commerciali, ed alle vendite a distanza.

Detta norma si applica, infatti, a prescindere dalla qualificazione giuridica del contratto concluso dal consumatore (Scarpa 1999, 481, in tema di clausole vessatorie nel regolamento di condominio; Calvo 2005, 249;).

La clausola di polizza in cui il contraente e l'assicurato «dichiarano di aver ricevuto il testo contrattuale ... e di accettare le norme contrattuali che unitamente alla presente proposta-certificato definiscono il contratto» è inefficace ex art. 1469 bis, 2° comma, n. 10, ed ex art. 1469 quinquies, 2° comma, n. 3 (ora art. 33 e 34 codice del consumo), con la conseguenza che il contraente non può essere ritenuto vincolato al contenuto del testo contrattuale; dall'inefficacia della suddetta clausola discende, pertanto, la nullità del contratto ex art. 1418 e 1325 per mancata formazione dell'accordo. (Trib. Milano, 12 gennaio, 2007, in *Assicurazioni*, 2007, II, 2, 55, nota Landini)

In particolare, l'applicabilità della normativa sulle clausole vessatorie ai contratti di fideiussione è stata, per un certo periodo, dubbia. Il problema si era posto prima della modifica dovuta alla l. 21 dicembre 1999, n. 526, che ha soppresso l'inciso "contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi" nell'art. 1469-*bis*, primo comma, c.c., il quale sembrava limitare l'ambito di applicazione oggettivo della normativa. Ebbene, in forza della precedente formulazione di detto articolo, il contratto di fideiussione veniva incluso tra i contratti assoggettati al vaglio di vessatorietà solamente se collegato a un contratto bancario.

Sebbene la fideiussione non possa essere inclusa di per sé fra i contratti di cessione di beni o di prestazione di servizi intercorrenti tra un professionista ed un consumatore, previsti dall'art. 1469 bis c.c. nel testo anteriore alla l. 21 dicembre 1999 n. 526, tuttavia, anche nel vigore della precedente formulazione, per la fideiussione che accede a contratti bancari deve ritenersi sussistente il requisito oggettivo per l'applicabilità della disciplina delle clausole abusive, introdotta dalla l. 6 febbraio 1996 n. 52, in ragione del collegamento contrattuale che intercorre tra il contratto costitutivo del debito principale garantito ed il contratto costitutivo dell'obbligazione fideiussoria. Quanto al requisito soggettivo di applicabilità della medesima disciplina, la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore. (Cass., Sez. I, ord. 13 maggio 2005, n. 10107, *MGC*, 2005, 6).

Dopo la modifica suddetta, invece, il contratto di fideiussione è soggetto alla disciplina in esame.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, la normativa in esame è applicabile anche ai contratti bancari, nonché ai contratti relativi ai servizi di investimento.

Il contratto quadro di prestazione dei servizi di investimento stipulato da persone fisiche e investitori non professionisti, nonché i singoli negozi di investimento, rientrano nella categoria dei contratti conclusi dal consumatore ai sensi degli art. 1469 bis c.c. e 3 e 33 d.lg. n. 206 del 2005 con conseguente invalidità della clausola derogatoria della competenza territoriale normativamente fissata nel luogo di residenza del contraente consumatore.

(Trib. Milano, Sez. VI, 27 settembre 2006, n. 10739, in *Redazione Giuffré*, 2007)

Ultimo, i contratti predisposti dalla pubblica amministrazione relativi all'esercizio di attività imprenditoriali, in base alle norme del diritto privato sono assoggettati al controllo contenutistico di vessatorietà dal momento che - nella definizione di professionista di cui all'art. 3 Codice del consumo - è venuto meno il riferimento alla natura pubblica o privata del professionista stesso, riferimento che invece era presente nella definizione di professionista di cui all'art. 1469-bis c.c.

La natura pubblica del soggetto che opera con strumenti privatistici nei confronti dei consumatori non osta alla sua qualifica in termini di «professionista» ed alla conseguente applicazione della disciplina dettata dal codice del consumo (nella specie, in considerazione dell'applicabilità dell'art. 33, lett. u), è stato ritenuto competente per territorio il giudice del luogo di residenza del consumatore)

(Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2006, in *CM*, 2006, II, 1117)

Deve essere considerata vessatoria (e riservata alla giurisdizione del giudice ordinario) la clausola risolutiva espressa con la quale, nei contratti per la distribuzione di acqua, si prevede in favore del fornitore il potere di risolvere il rapporto a fronte della violazione da parte dell'utente di qualsiasi patto contrattuale.

(Trib. Palermo, 10 gennaio 2000, *DR* 2000, 282, nota Granieri)

In particolare, l'art. 140, comma undicesimo, prevede che resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici ai sensi dell'art. 33, d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 (recante nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa), come modificato dall'art. 7, l. 21 luglio 2000, n. 205 recante la riforma del processo amministrativo (cfr. commento *sub* art. 140). Tale norma prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui

alla l. 14 novembre 1995, n. 481 (Barengi 2008, 212; Morelato 2008, 145). La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 (in FI, 2004, I, 2594) ha dichiarato illegittimo l'art. 33, d. lg. 31 marzo 1998, n. 80 nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in tema di pubblici servizi. In forza di tale sentenza, la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà.

proposito Nello stesso senso, alcuni autori ritengono che le controversie ai sensi dell'art. 36 Codice del consumo, aventi ad oggetto i rapporti individuali tra l'ente erogatore del pubblico servizio e l'utente privato, risultino attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario. Diversamente, le controversie aventi ad oggetto l'azione inibitoria di cui agli artt. 37 e 140 Codice del consumo rimarrebbero assoggettate alla giurisdizione del giudice amministrativo, poiché il requisito dell'individualità del rapporto sarebbe assente in questo ultimo caso (Minervini 2006, 638).

Merita di essere ricordata una (invero poco chiara) sentenza dei giudici di legittimità relativa alle clausole vessatorie nei contratti di appalto di opere pubbliche.

In materia di appalto di opera pubblica, la disciplina delle clausole contrattuali vessatorie prevista dall'art. 1341, 2° comma, c.c., che si applica quando l'amministrazione appaltante predisponga unilateralmente la singola clausola, non è operante allorché i contraenti richiamino nella sua interezza il capitolato generale d'appalto come parte integrante del contratto, ricorrendo, in siffatta ipotesi, non la figura del contratto di adesione (con la conseguente soggezione a specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose), bensì del contratto a relazione perfetta, in cui il riferimento al capitolato deve essere considerato come il risultato di una scelta concordata, diretta all'assunzione di uno schema al quale le parti si riportano con una formula denotante, sia pure in modo sintetico, l'effettiva conoscenza ed accettazione di tutte le clausole ivi contenute.

(Cass., Sez. I, 26 settembre 2007, n. 19949, in *RFI*, 2007, *Opere pubbliche* [1735], n. 109)

Occorre, poi, considerare il rapporto tra l'articolo qui in esame e gli artt. 1341 e 1342 c.c. Ebbene, tali articoli sono applicabili ai contratti con il consumatore, anche a prescindere da un esplicito richiamo operato dalla legge. Le due forme di tutela sono, infatti, cumulative e, pertanto, la natura vessatoria di una clausola non può ritenersi sanata per il rispetto dei requisiti formali posti dalle disposizioni richiamate, trattandosi di requisiti necessari, ma non sufficienti. Viceversa, una clausola che abbia superato positivamente il giudizio di vessatorietà è, comunque, da ritenersi inefficace (i.e. ora nulla), se non approvata specificamente per iscritto, ai sensi dell'art. 1341, secondo comma, c.c. (Cian 1996, 412; De Nova 1996, 9). Va, infine, osservato che altre disposizioni del Codice del consumo (es. art. 95), nonché altre norme di protezione del contraente debole (art. 117, 5 comma, d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u. l. banc.); art. 2, secondo comma, l. 18 giugno 1998 n. 192 (in tema di subfornitura) contengono dei richiami testuali agli artt. 1341 e 1342 c.c. (Minervini 2001, 815).

4. La clausola generale del “significativo squilibrio”.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 – 1469-bis c.c. (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Patti 1996 - Troiano 2003 - Palmieri 2006 - Conti 2006 - Barenghi 2008 - Morelato 2008

La novella sulle clausole vessatorie (ora art. 33 Codice del consumo) ha introdotto nel nostro ordinamento una forma di sindacato giurisdizionale del contenuto del contratto, che costituisce la tutela sostanziale nei contratti stipulati tra i professionisti e i consumatori, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di contratti individuali o di contratti di serie (cioè di una generalità di contratti), purché ricorra l'impiego da parte del professionista di un regolamento contrattuale unilateralmente predisposto, per un uso singolare o per un uso plurimo (Barenghi 2008, 211; Morelato 2008, 146-147).

L'individuazione del carattere vessatorio della clausola è rimesso alla discrezionalità del giudice, atteso il carattere aperto della fattispecie prevista al decimo comma dell'art. 33 Codice del consumo, individuandosi così una forma di invalidità contrattuale (i cui caratteri sono la relatività: è rilevabile solo nell'interesse del consumatore, e la necessaria parzialità: l'invalidità della clausola o del gruppo di clausole non travolge il contratto, diversamente da quanto disposto in via generale dall'art. 1419 c.c.).

Orbene, la disposizione in commento pone una clausola generale, quella del significativo squilibrio, alla base del controllo contenutistico sui contratti del consumatore. Detto articolo stabilisce che *“si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”*.

Il contenuto elastico e aperto della clausola è suscettibile di concretizzarsi in una svariata gamma di ipotesi. Ne consegue che l'elenco di clausole presunte vessatorie di cui al secondo comma dell'art. 33 Codice del consumo deve essere ritenuto meramente esemplificativo (Barenghi 2008, 218). A riguardo, la dottrina pone in evidenza che la clausola relativa al concetto di “significativo squilibrio” costituisce uno strumento di chiusura del sistema di controllo sul contenuto del contratto (Patti 1996, 805).

Detta clausola impone due valutazioni al fine di stabilire se una clausola è vessatoria: la prima riguarda l'esistenza dello squilibrio, mentre la seconda comporta un giudizio sulla significatività di tale squilibrio.

In base alle prime interpretazioni giurisprudenziali, l'applicazione di tale criterio andava esclusa allorché le singole clausole erano giustificate dalla necessità per il professionista di procedere in tal senso in virtù di giustificate esigenze organizzative e imprenditoriali.

Il vaglio di abusività delle clausole contenute nei contratti del consumatore deve compiersi tenendo conto delle ragioni ed esigenze organizzative esistenti a monte del contratto, di cui le singole clausole sono diretta espressione; di conseguenza, con riferimento alla somministrazione di un servizio essenziale, organizzato in modo da realizzare l'utilità generale della collettività (quale il servizio elettrico, a tal fine riservato allo Stato ai sensi dell'art. 43 cost.) nessuno squilibrio può sussistere laddove le singole clausole, pur prevedendo vantaggi per il predisponente, siano dettate da giustificate esigenze

organizzative e generali dell'impresa, in difetto delle quali la stessa impresa non potrebbe svolgere in modo remunerativo la propria attività, di modo che non può ritenersi esistente quel significativo squilibrio dei diritti ed obblighi che dà luogo alla vessatorietà delle clausole.
(T. Roma, 31 agosto 1998, in *DR*, 1999, 329, nota Granieri)

La Corte di cassazione ha, però, assunto un diverso orientamento, tale da escludere che delle esigenze di questo tipo possano giustificare la presenza di un significativo squilibrio nel contratto con il consumatore.

Per ritenere superata la presunzione di vessatorietà della clausola, contenuta in un contratto tra un professionista e un consumatore che stabilisce come sede del foro competente una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo di quest'ultimo, non è sufficiente invocare esigenze gestionali ed organizzative del professionista, né addurre che tale clausola sarebbe stata liberamente accettata.
(Cass., Sez. III, 3 ottobre 2005, n. 19304, in *FI*, 2005, I, 2978).

L'art. 33 Codice del consumo - ai fini dell'accertamento dell'esistenza dello squilibrio - rileva esclusivamente il c.d. squilibrio normativo, ossia lo squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto. Ne deriva che non rileva a tal fine lo squilibrio economico, ossia la convenienza economica dell'affare, come è confermato anche dall'art. 34, secondo comma, Codice del consumo, in base al quale la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi.

Nell'ipotesi in cui in un contratto di mediazione immobiliare, a sanzione dell'eventuale comportamento inadempiente di entrambe le parti contraenti, è prevista una clausola penale di importo corrispondente alla provvigione pattuita per la mediazione, non trova applicazione la disciplina relativa alle clausole vessatorie di cui all'art. 1469 bis n. 6 c.c., in quanto la prevista bilateralità dell'efficacia della clausola penale esclude in radice lo squilibrio contrattuale tra professionista e consumatore. In ogni caso l'importo della penale corrispondente all'entità della provvigione pattuita non può considerarsi manifestamente eccessivo.
(Trib. Ivrea, 11 luglio 2005, in *GM*, 2005, 11 2345, in *CM*, 2005, 1037 e in *RCP*, 2006, 10 1722).

Le compagnie aeree di trasporto passeggeri e bagagli non sono ragionevolmente in grado di assumersi l'impossibile impegno generalizzato di garantire la piena osservanza dell'orario dei propri voli; pertanto, nel trasporto aereo di linea, la clausola tendente ad escludere la responsabilità del vettore per il ritardo, contenuta nelle condizioni generali di contratto, non è vessatoria ai sensi dell'art. 1469-quinquies, 2° comma, n. 2, in quanto non crea un effettivo squilibrio normativo contrattuale.
(GdP Venezia, 8 giugno 2000, in *Dir. Trasporti*, 2001, 833)

Inoltre, lo squilibrio normativo va 'valutato' dal giudice tendendo in considerazione l'intero regolamento contrattuale, nonché tutti gli effetti giuridici che ne derivano, comprese le situazioni di onere, di diritto potestativo, di soggezione o di potere derivanti dal contratto (Troiano 2003, 81).

La valutazione sulla vessatorietà delle singole clausole è un giudizio di fatto, che può essere formulato soltanto interpretando queste ultime nel contesto complessivo del contratto, al fine di stabilirne significato e portata; le clausole che disciplinano l'irrevocabilità ed il termine di efficacia di una proposta contrattuale, predisposta da un'agenzia immobiliare nell'ambito della sua attività di mediazione, sono vessatorie se l'esecuzione della prestazione viene rimessa, in via esclusiva, alla discrezionalità di una parte; le associazioni rappresentative dei consumatori possono, in queste ipotesi, agire in via inibitoria, qualora il professionista-mediatore abbia violato l'obbligo di imparzialità nei confronti delle parti del futuro contratto concluso per effetto del suo intervento.
(Trib. Ancona, 28 febbraio, 2005, 2006, in *RFI, Contratto in genere* [1740], n. 432)

Sotto questo profilo le clausole c.d. reciproche o bilaterali non devono trarre in inganno: il fatto che tali clausole attribuiscono un medesimo diritto sia al professionista sia al consumatore, ovvero sanciscano nuovi diritti od obblighi ponendoli a carico dell'uno e dell'altro, non esclude necessariamente che sul piano sostanziale il regolamento contrattuale realizzi un significativo squilibrio. Sul punto, la dottrina ha precisato che, nei contratti tipici, la difformità del regolamento contrattuale rispetto alla disciplina normativa del singolo contratto può, a certe condizioni, essere considerata indice di squilibrio (Troiano 2003, 71). La stessa dottrina esclude, poi, che la concessione di sconti o ribassi sul prezzo del bene o del servizio oggetto del contratto possa essere considerata una idonea contropartita alla presenza dello squilibrio normativo, eliminandone l'effetto nocivo.

A fini di completezza, ritengo utile indicare qui di seguito alcune clausole, che la giurisprudenza di merito ha qualificato come vessatorie in base al principio generale del significativo squilibrio:

a) la clausola di calcolo degli interessi anatocistici, con cui si prevedeva la capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito relativa ai rapporti di conto corrente bancario sorti anteriormente all'entrata in vigore della delibera con cui il comitato interministeriale per il credito e il risparmio ha stabilito modalità e criteri per la disciplina dell'anatocismo nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, i cui effetti non siano ancora esauriti (Trib. Palermo, 29 maggio, 2006, in *FI*, 2006, I, 2542, nota Palmieri, e in *CG*, 2006, 1268, nota Conti);

b) la clausola delle condizioni generali predisposte da una banca per disciplinare i contratti di conto corrente bancario, che obbliga il cliente a corrispondere una somma a titolo di commissione per la richiesta di estinzione del conto, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo eserciti il diritto di recesso, a seguito della comunicazione da parte dell'istituto di credito della unilaterale modificazione dei tassi, dei prezzi e altre condizioni, senza che la somma richiesta risulti corrispondere a spese effettivamente sostenute da parte della banca e adeguatamente motivate (Trib. Bolzano, 11 aprile 2005, in *FI*, 2005, I, 3245 e in *GI*, 2005, 1440);

c) la clausola delle condizioni generali di un contratto di trasporto aereo, con la quale si attribuisce al vettore la facoltà di annullare la prenotazione del Volo di ritorno o di prosecuzione, ove il passeggero non abbia usufruito della prenotazione del volo di andata o di avvicinamento e non provveda a comunicare al vettore l'intenzione di volersi avvalere di quella effettuata per il secondo viaggio (App. Bari, 27 aprile 2005, in *FI*, 2005, I, 2528);

d) le clausole che prevedono l'assunzione da parte del promissario acquirente dell'obbligo di corrispondere il compenso provvigionale al mediatore anche nell'ipotesi di revoca della proposta.

La clausola contenuta in un contratto di mediazione che prevede - a carico del consumatore - il pagamento di una penale di importo pari a quello della provvigione nel caso in cui l'immobile venga venduto, anche fuori dal periodo di durata del contratto, a persone indicate dal mediatore e - a carico del professionista - il pagamento della stessa penale nel caso di recesso del mediatore o di mancata comunicazione di proposte di acquisto conformi all'incarico, non è vessatoria ai sensi dell'art. 1469 bis,

1° comma, c.c., in quanto pone le parti, avuto riguardo all'intero regolamento contrattuale, in una posizione di oggettivo equilibrio.

(Trib. Ivrea, 11 luglio 2005, in *CM*, 2005, 1037).

5. La buona fede.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 – 1469-*bis* c.c. (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia De Nova 1996 - Cian 1996 - Morello 1996 - Busnelli 1997 - Ruffolo 1997- Bigliazzi Geri 1997- Bianca 2000 - Minervini 2006

La disposizione in commento richiama il criterio della buona fede al fine di stabilire quando una clausola debba considerarsi vessatoria. Per una parte della dottrina, la disciplina delle clausole vessatorie sarebbe una sorta di “positivizzazione” dei principi giurisprudenziali derivanti dall'applicazione del precetto di buona fede nei contratti dei consumatori (Minervini 2006, 60).

In particolare, la dottrina offre diverse interpretazioni dell'articolo qui considerato.

In base ad una prima interpretazione - di stampo correttivo, si pensa infatti che l'espressione “malgrado la buona fede” sia frutto di un errore di traduzione della Direttiva 93/13/CEE - tale inciso viene letto come equivalente di “in contrasto con la buona fede” e dunque quale richiamo alla buona fede oggettiva (De Nova 1996, 16; Cian 1996, 411; Bigliazzi Geri 1997, 796). In tal caso, i due criteri di valutazione (quello del significativo squilibrio e quello della buona fede) concorrerebbero al fine di stabilire se la clausola sia vessatoria o meno (Minervini 2006, 60).

Un secondo orientamento dottrinale, che appare essere attualmente prevalente, ritiene che l'espressione “malgrado la buona” fede richiami la buona fede soggettiva del professionista, nel senso che l'eventuale mancanza di consapevolezza da parte del professionista di avere predisposto clausole vessatorie a danno del consumatore sarebbe irrilevante (Rizzo 1996, 30; Morello 1996, 285; Busnelli 1997, 12; Ruffolo 1997, 37; Bianca 2000, 379).

La lettura della Relazione al Codice del Consumo conforta, in effetti, tale lettura dell'inciso “malgrado la buona fede”, dal momento che tale impostazione può offrire un maggiore livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come vessatore quelle clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni in danno del consumatore e ciò nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente.

L'accertamento della natura vessatoria della clausola, ex art. 1469-bis c.c., prescinde del tutto dall'eventuale buona fede soggettiva del predisponente; quest'ultima, pertanto, non è mai di per sé idonea ad escludere il giudizio di vessatorietà.

(App. Roma, Sez. II, 24 settembre 2002, *Giur. Romana*, 2003, 138)

6.L'elenco delle clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 – 1469-*bis* c.c. (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia De Nova 1996 - Cian 1996 - Tonello 1997 - Atelli 1998 - Lapertosa 1998- Valle 2000- Chirico 2001- Cabella-Pisu 2001 - Iannaccone 2003 - Ubaldi 2003 - Tommaseo 2003- Diurni 2003 - Cubeddu 2003 - Lener 2005 e 1996 - Bocchini 2005 - Bevilacqua e Labriola 2007 - De Cristofaro 2008 - Gentile 2008

Vengo, ora, a considerare le singole fattispecie previste nel secondo comma dell'art. 33 qui in esame.

Secondo un autore, la clausola *sub* lett. *a*) introduce una forma di protezione più elevata rispetto all'art. 1229 c.c., in quanto tale previsione non restringe l'ambito di applicazione al divieto di esenzione dalla responsabilità per soli dolo o colpa grave (Cabella-Pisu 2001, 154; Lener 1996, 166). Per alcuni, il riferimento alla responsabilità del professionista riguarderebbe sia la responsabilità contrattuale, sia la responsabilità da fatto illecito (Lener 2005, 195). Alcuni studiosi hanno discusso le specificità delle clausole vessatorie con specifica attenzione ai contratti notarili (Bevilacqua e Labriola 2007, 703).

Le clausole di cui alla lett. *b*) sono dirette a limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte, in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista. Anche in relazione a tali ipotesi, il Codice del consumo appronta un livello di protezione più elevato rispetto all'art. 1229 c.c. (Lener 2005, 199). Tra le clausole in oggetto, un autore annovera le clausole penali di importo manifestamente irrisorio in caso di inadempimento del professionista (Lener 1996, 167). Sotto il profilo soggettivo, la locuzione "altra parte" indica la parte tenuta a garantire l'adempimento del professionista, o la parte destinataria di obblighi accessori o collegati a quelli a carico del professionista (Lener 2005, 199).

Per esemplificare, la previsione in esame trova applicazione in relazione alle seguenti clausole:

a) le clausole che escludono il diritto del consumatore di chiedere la risoluzione del contratto (App. Torino, 22 febbraio 2000, in *GI*, 2000, 212, nota Ciatti) e quelle che limitano le pretese risarcitorie (Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *FI*, 2000, I, 2045, nota Palmieri, Laghezza e in *CG*, 2000, 496; in *Impresa*, 2000, 411, in *BBTC*, 2000, II, 207; in *Contr.*, 2000, 561; in *GI*, 2000, 1439; in *Giur. comm.*, 2000, II, 211; in *Nuovo dir.*, 2000, 737; in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 473).

Nelle condizioni generali di vendita, è abusiva la clausola con la quale è precluso al consumatore di ottenere la risoluzione del contratto nel caso in cui la cosa presenti dei vizi che la rendono inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, anche se il professionista si impegna a sostituire la cosa o a ripararla gratuitamente.

(App. Torino, 22 febbraio 2000, in *GI*, 2000, 2112, nota di Ciatti)

b) la clausola che addossa al titolare della carta di credito ogni rischio discendente dall'omissione al dovere di custodia della medesima (Trib. Roma, 3 marzo 2005, in *RFI*, Banca, *Credito e risparmio* [0850], n. 140 e *Guida al diritto*, 2005, n. 30, 62);

c) le clausole che limitano l'operatività delle prestazioni di garanzia previste dalla legge.

Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di compravendita di autovetture, con cui si esclude, in caso di cattivo funzionamento del bene, l'applicazione della disciplina legale della garanzia per vizi della cosa venduta, ancorché il professionista si impegni alla riparazione gratuita del bene ovvero a mettere a disposizione del cliente, a titolo di comodato gratuito, un'autovettura sostitutiva.

(Trib. Torino, 16 aprile 1999, in *FI*, 2000, I, 299, in *DR*, 2000, 73; in *GI*, 2000, 999, in *RDC*, 2000, 158).

Occorre, poi, notare che la necessità di distinguere le clausole limitative della responsabilità da quelle atte a stabilire l'oggetto del contratto (tali clausole si sottraggono al giudizio di vessatorietà ai sensi dell'art. 34, secondo comma, Codice del consumo) è emersa, soprattutto, in ambito assicurativo.

La clausola che esclude la copertura assicurativa nel caso di veicolo guidato da persona in stato di ebbrezza delimita l'oggetto del contratto e, pertanto, non necessita di specifica approvazione per iscritto.

(Trib. Venezia, 24 maggio 2004, in *DR*, 2005, 558).

La Corte di cassazione si è interessata anche dei contratti bancari e, segnatamente, dei contratti relativi al servizio delle cassette di sicurezza (Bevilacqua e Labriola 2007, 704).

Con riguardo al contratto bancario inerente al servizio delle cassette di sicurezza, la clausola che contempli la concessione dell'uso della cassetta per la custodia di cose di valore non eccedente un determinato ammontare, facendo carico al cliente di non inserirvi beni di valore complessivamente superiore, e che, correlativamente, neghi oltre detto ammontare la responsabilità della banca per la perdita dei beni medesimi, lasciando gravare sul cliente gli effetti pregiudizievoli ulteriori, integra un patto limitativo non dell'oggetto del contratto, ma del debito risarcitorio della banca, in quanto, a fronte dell'inadempimento di essa all'obbligo di tutelare il contenuto della cassetta (obbligo svincolato da quel valore, alla stregua della segretezza delle operazioni dell'utente), fissa un massimale all'entità del danno dovuto in dipendenza dell'inadempimento stesso; tale clausola, pertanto, è soggetta tanto alle disposizioni dell'art. 1229, 1° comma, c.c., in tema di nullità dell'esclusione o delimitazione convenzionale della responsabilità del debitore per i casi di dolo o colpa grave, quanto a quelle di cui agli art. 1469 bis seg. stesso codice, in tema di «inefficacia» (*rectius*, nullità) di clausole comportanti uno squilibrio a carico del cliente-consumatore, che si risolvano, in caso di inadempimento della banca, in una limitazione nella proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della stessa (art. 1469-*quinquies*, punto 2, c.c.).

(Cass., Sez. I, 4 aprile 2001, n. 4946, in *Arch. civ.*, 2001, 731; in *GC*, 2001, I, 1784; in *DR*, 2001, 915, in *Impresa*, 2001, 1755; *Dir. e giustizia*, 2001, 42)

Quanto alla clausola *sub lett. c)*, un autore nota che il divieto di utilizzare tale clausola nei contratti dei consumatori opera nei confronti di qualsiasi tipologia di crediti e di debiti, anche qualora i medesimi non siano liquidi (Bocchini 2005, 205 ss.).

Vengo, ora, ad esaminare la clausola di cui alla lett. *d)* di cui al secondo comma dell'art. 33 Codice del consumo. La dottrina sottolinea che tale previsione si riferisce ad una condizione sospensiva meramente potestativa, pertanto vietata dall'ordinamento

anche *ex art.* 1355 cc. (De Nova 1996, 20; Tonello, 1997, 873). Per altri autori, tale previsione precluderebbe al professionista di instaurare dei rapporti unilateralmente vincolanti, riservandosi la possibilità di astenersi da qualsiasi prestazione senza che il contratto divenga risolubile (Iannaccone 2003, 294).

Secondo alcuni, poi, le clausole relative al patto di opzione e alla condizione unilaterale sospensiva possono ricadere nell'ambito di applicazione della lett. *d*). (Iannaccone 2003, 302 ss.). Lo stesso autore rileva la differenza tra la clausola in esame e quella prevista dalla lett. *v*), laddove quest'ultima trova applicazione nelle situazioni contrattuali dirette a riservare al professionista un diritto potestativo arbitrario e svincolato da ogni seria valutazione funzionale (Iannaccone 2003, 291).

La previsione di cui alla lett. *e*) va riferita, secondo la dottrina prevalente, a due figure negoziali: quella della caparra confirmatoria (Cian, 1996, 422) e quella della caparra penitenziale (Lener 1996, 161), entrambe previste dall'art. 1382 c.c. Altri assumono invece che detta previsione abbia una portata più ampia, tale da abbracciare tutte le ipotesi in cui il professionista trattiene somme di denaro (Bocchini 2005, 225). Ora, alla luce della casistica giurisprudenziale, la clausola in esame ha trovato applicazione, soprattutto, nei contratti di viaggio e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali nei quali è frequente la richiesta da parte del professionista di somme a titolo di non meglio precisate "penali".

Deve essere inibita l'utilizzazione della clausola, contenuta nelle condizioni generali di un contratto di viaggio, in forza della quale, in caso di recesso del consumatore, l'organizzazione può trattenere, a titolo di corrispettivo per l'esercizio di tale facoltà, le somme già percepite, laddove non sia previsto che, in caso di recesso dell'organizzatore, quest'ultimo versi il doppio delle somme corrisposte dal consumatore (Trib. Palermo, 2 giugno 1998, in *FI*, 1999, I, 358, nota Palmieri).

Su tale aspetto, in base ad una sentenza del GdP di Strambino, 26 giugno 1997 (in *GI*, 1998, I, 1 con nota di Togliatto), la clausola penale può, talvolta, costituire uno strumento funzionale agli obiettivi di profitto del contraente forte, con risultati di grave ed ingiusto pregiudizio ai danni della controparte. Nel caso in esame, il giudice ha rilevato l'inefficacia della clausola ai sensi dell'art. 1469-*quinquies*, considerando la stessa vessatoria in virtù della presunzione stabilita dall'art. 1469-*bis*, terzo comma, n. 6, che riguarda per l'appunto l'imposizione di una penale "d'importo manifestamente eccessivo", presunzione nella specie non superata dalla prova contraria del professionista.

Inoltre, le clausole penali di cui alla lett. *i*) possono essere soggette alla sanzione della nullità, laddove non ne venga vinta la presunzione di vessatorietà (Lener 2005, 233). Laddove, invece, la presunzione di vessatorietà venga vinta dal professionista, rimane la possibilità di chiedere la riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384 cc. (nel senso della sussidiarietà della norma in esame rispetto all'art. 1384 c.c.: Atelli 1998, 208; nel senso, invece, dell'alternatività, Chirico 2001, I, 230).

Dal canto suo, la giurisprudenza ha elaborato diversi criteri, non omogenei, al fine di valutare la "manifesta eccessività": alcune sentenze hanno, per esempio, utilizzato come riferimento il criterio del effettivo danno subito, mentre, in altri casi il

giudice ha fatto riferimento alla clausola generale del significativo squilibrio ed in altri ancora al valore della prestazione (Trib. Ivrea, 11 luglio 2005, in *CM*, 2005, 103; Trib. Genova, 27 aprile 2004, in *NGC*, 2005, I, 305).

È vessatoria, in quanto manifestamente eccessiva, la clausola penale contenuta in un contratto di mediazione immobiliare stipulato tra un professionista ed un consumatore, con cui si prevede, in caso di revoca anticipata dell'incarico, il pagamento di una somma pari all'importo della provvigione pattuita; pertanto, tale clausola va dichiarata inefficace, dovendosi altresì escludere che il giudice abbia il potere di ridurre la penale.

(Pret. Bologna, 20 gennaio 1998, in *FI*, 1998, I, 651)

Preseguendo nell'esame del secondo comma dell'art. 33 Codice del consumo si incontra la previsione di cui alla lettera g) (*"...riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto"*). La clausola "salvo approvazione della casa", (ossia la clausola che subordina all'approvazione del professionista la conclusione del contratto procacciato dal suo agente, frequente nei contratti di intermediazione mobiliare) rientra sotto la citata lett. g).

Per la giurisprudenza di merito, la clausola *sub* lett. h) è vessatoria se il termine per il recesso non è "ragionevole" (Trib. Foggia, 2 agosto 2001, in *CG*, 2003, 483, nota di Conti). A tale proposito, una autore ritiene che sia irragionevole il termine inadeguato rispetto alla tipologia di contratto e lesivo degli interessi del consumatore (Cubeddu 2003, 416). Inoltre, con riferimento alla clausola *sub* lett. i), il giudice è tenuto a valutare la congruità del termine di preavviso. La Corte di appello di Roma ha ritenuto congruo il termine di un giorno relativamente al contratto bancario di apertura di credito (App. Roma, 24 settembre 2002, in *FI*, 2003, I, 332, nota di Palmieri).

Ciò detto, è opportuno soffermarsi, con maggiore attenzione, sulla previsione di cui alla i) del citato art. 33 Codice del consumo. Tali clausole ricorrono nella prassi e mirano ad evitare che elementi che il consumatore non ha di fatto avuto la possibilità di conoscere finiscano per confluire nel contratto. In dottrina si legge che non è la mera conoscibilità (cfr. art. 1341 c.c.), ma la conoscenza di fatto a rilevare ai fini della vessatorietà di siffatte clausole (Lener 2005, 258). A titolo esemplificativo, nell'ambito della lett i) sono state ricondotte:

a) le clausole di un contratto relativo a un servizio pubblico che rinviavano alle bollette per la determinazione del prezzo del servizio (Trib. Palermo, 10 gennaio 2000, in *FI*, 2000, I, 2052, nota Palmieri, Laghezza, in *Resp. comunicazione impresa*, 1999, 653; in *DR*, 2000, 282; in *Europa e dir. privato*, 2000, 681 (m); in *CG*, 2000, 772; in *Contr.*, 2000, 670; in *Giornale dir. amm.*, 2000, 983);

b) la clausola di un contratto di multiproprietà che rinvia alla convenzione e al regolamento di gestione consegnati all'acquirente per la regolamentazione dei rapporti e della la disciplina relativa al godimento dell'appartamento (Trib. Firenze, 19 febbraio 2003, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2003, 155 e in *Discipl. comm.*, 2003, 571).

Passando, poi, a commentare le ultime lettere di cui al citato articolo. In forza della clausola di cui alla lett. *m*), lo *jus variandi* eventualmente attribuito al professionista debba, in qualche modo, essere giustificato indicando nel contratto i motivi. La natura vessatorie di siffatte clausole non è collegata allo *jus variandi* che anzi, in alcuni contratti si configura come essenziale (artt. 117, 118, 124 tu. 1. banc.), ma all'assenza di giustificati motivi che lo sorreggano (Lener 2005, 258).

Ed ancora, le clausole indicate nella lett. *n*) sono vessatorie quando la determinazione del prezzo è rimessa alla determinazione esclusiva del professionista, ovvero a quella di un terzo (Lener 2005, 265; in senso contrario Cian 1996, 423, che limita l'applicazione della fattispecie in esame alle sole determinazioni future dovute a variazioni dipendenti dalle strategie di mercato e aziendali).

In relazione alle clausole delineate alla lett. *o*) è emerso il problema della valutazione rispetto alla congruità del prezzo e, segnatamente alla sua eccessività. Sul punto, un autore propone di applicare il criterio fissato dall'art. 1664 c.c. in tema di appalto (Diurni 2003, 515).

La clausola di cui alla lett. *p*) presenta notevoli affinità con la clausola di cui alla lett. *b*), posto che essa limita le azioni del consumatore. Tra queste vengono indicate le azioni previste in caso di mancata conformità del bene a quanto pattuito e tutte le altre azioni relative alle ipotesi di vizi (art. 1490 cc.), mancanza di qualità (art. 1497 c.c.), *aliud pro alio* e cattivo funzionamento (art. 1512 cc.)

La clausola contrattuale che prevede "in ogni caso di scioglimento del contratto, la facoltà della banca di adottare tutte le misure opportune ai fini dell'adempimento delle obbligazioni derivanti dalle operazioni poste in essere per conto del cliente" appare suscettibile nella fattispecie contemplata dal n. 14) dell'art. 1469 bis c.c. a mente del quale debbono considerarsi vessatorie altresì le clausole che conferiscono al professionista il diritto esclusivo di interpretare una clausola qualsiasi del contratto. (Trib. Messina, 17 giugno 2004, in *VN*, 2004, 1618)

Quanto all'interpretazione della clausola *ex* lett. *q*), la dottrina interpreta la dicitura "per mandatario" ritenendo tali tutti i soggetti dotati di un potere contrattuale, i quali operino per conto del professionista. Tale lettera è in linea con la *ratio* della previsione in esame che è quella di evitare che l'assunzione di obbligazioni tramite terzi anziché direttamente possa consentire al professionista di aggirare il divieto di cui alla lett. *b*) (Ubaldi 2003, 552; in senso conforme Lener 2005, 266 ss.).

Considero, poi, le clausole di cui alle lett. *r*), *s*) e *t*) del secondo comma dell'art. 33 Codice del consumo.

La clausola di cui alla lett. *r*) ha lo scopo di consentire al consumatore di poter utilizzare l'eccezione di inadempimento prevista dall'art. 1460 c.c., la quale potrebbe essere paralizzata da una clausola del contratto. Il contenuto di tale clausola, dunque, è più specifico rispetto a quello della clausola *sub* lett. *t*).

L'inserimento della clausola di cui alla lett. *s*) tra quelle che si presumono vessatorie ha la funzione di evitare che, attraverso l'applicazione dell'art. 1406 c.c.

(relativo alla cessione del contratto), il consumatore possa essere privato della tutela che gli spetta. Ed infatti, il consenso di quest'ultimo, infatti, anche se dato previamente, non è sufficiente a consentire il meccanismo sostitutivo qualora, in forma della sostituzione, diminuisca la tutela del consumatore. Quest'ultima si realizza tutte le volte in cui non solo è minore la prospettiva di adempimento da parte del sostituto, ma anche quando vengono meno i vantaggi del consumatore. L'orientamento dottrinale maggioritario estende l'ambito di applicazione della clausola in esame a tutte le ipotesi di sostituzione, anche alle mere sostituzioni n. l'adempimento (Lener 2005, 266). Orientamento, quest'ultimo, confermato anche in giurisprudenza.

La clausola di un contratto, appartenente alla categoria dei contratti tra professionista e consumatori, la quale attribuisca al professionista la facoltà di far slittare la pubblicazione di un articolo (da esso accettato contro pagamento), o di farla eseguire su una testata simile, produce l'effetto di escludere o limitare le azioni col i diritti dei consumatori nei confronti del professionista. Di conseguenza essa è inefficace ai sensi dell'art. 1469 bis, comma 3 n. 2.

(Trib. Milano, 4 giugno 2003, in *Foro padano* 2003, 1, 180)

La clausola di cui alla lett. t) riprende il contenuto di quella già prevista dall'art. 1341, secondo comma, c.c. Il riferimento è alle clausole che derogano alla competenza dell'autorità giudiziaria, alle clausole compromissorie, alle clausole che derogano alla giurisdizione del giudice italiano, ai patti relativi all'onere della prova e alle decadenze convenzionali. Va osservato che alcune delle predette clausole sono già vietate, o ammesse solamente entro certi limiti, dalle disposizioni del c.c. (si vedano gli artt. 1462, 1341, 2965, 2698 c.c.). Un autore ritiene, inoltre, che, preliminarmente all'accertamento della vessatorietà, sia l'accertamento dei requisiti formali spesso previsti per la validità delle suddette clausole (Tommaseo 2003, 618).

La giurisprudenza di legittimità ha precisato che non rientra nella fattispecie in esame la clausola di un contratto di assicurazione con la quale le parti con feriscono ad una o più persone il potere di effettuare una perizia contrattuale con accertamento sostitutivo della loro volontà e per esse vincolante ritenendo che non ha carattere compromissorio (Cass., Sez. III, 22 maggio 2007, n. 11876, in *MGC*, 2007, 5, e *RCP*, 2007, 2438; Cass., Sez. III, 2 febbraio 2006, n. 2277, in *MGC*, 2006, 2). In relazione al contratto di assicurazione, è utile segnalare un'altra interessante sentenza di legittimità (Cass., Sez. III, 11 gennaio 2007, n. 395, in *RCP*, 6, 1294). Nella specie, il Supremo Collegio ha ritenuto corretta l'impugnata sentenza che aveva qualificato come vessatoria la clausola di un contratto di assicurazione con la quale era stata prevista l'intrasmissibilità del diritto all'indennizzo nell'eventualità in cui l'assicurato fosse deceduto, per cause diverse dall'infortunio, prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa, in quanto essa non riguardava, in alcun modo, né l'oggetto del contratto, né il rischio garantito, introducendosi piuttosto con la stessa una limitazione della responsabilità dell'assicuratore.

Tale previsione trova applicazione con riferimento a tutte le clausole che limitano la posizione del consumatore sul piano sostanziale e/o su quello processuale, (Tommaseo 2003, 619). Tale orientamento trova conferma anche in giurisprudenza.

Deve essere considerata vessatoria la clausola negoziale con la quale, nei contratti di vendita di autoveicoli, si esclude che l'acquirente possa sollevare eccezioni alla società per modifiche costruttive, ivi comprese variazioni nella tonalità del colore e di elementi di arredo, che appaiono motivate dal

miglioramento e dalla razionalizzazione della produzione, intervenute successivamente alla sottoscrizione del contratto per il modello oggetto d'acquisto, nonché l'uso di componenti di diverso tipo o marca. (Trib. Torino, 11 novembre 1999, in *DR*, 2000, 277, nota Granieri)

È inefficace ai sensi dell'art. 1469 bis n. 18, c.c., e non esonera l'intermediario dall'onere di fornire la prova del tipo di informazione concretamente fornita, la clausola contenuta su un ordine d'acquisto secondo la quale i clienti hanno ricevuto adeguate informazioni in merito ai rischi connessi ad una specifica operazione. (Trib. Firenze, 19 febbraio 2005, in *GI*, 2005, 2097; Trib. Mantova, 12 novembre 2004, in *GI*, 2005, 754)

Infine, la clausola *sub* lett. *u*) è esaminata in dettaglio nel prossimo paragrafo, mentre la clausola *sub* lett. *v*) rappresenta, per la dottrina, un rinvio formale e pleonastico all'art. 1355 c.c. (Iannaccone 2003, 308).

6.1. Clausole relative al foro del consumatore.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 – 1469-*bis* c.c. (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Cian 1996 - Lapertosa 1998 - De Nova 1999 - Valle 2000 - Salomone 2006 - De Cristofaro 2006 - Alpa 2006 - Gentile 2008

La natura e la portata della clausola prevista dall'art. 33, secondo comma, lett. *u*), Codice del consumo sono state precisate dai giudici di legittimità che, pronunciandosi a Sezioni Unite (Cass., Sezioni Unite, 1 ottobre 2003, n. 14669, in *FI*, 2003, I, 3298), hanno risolto il precedente contrasto giurisprudenziale (Cass., 29 novembre 1999, n. 13339, in *CG*, 2000, 1219; Cass., 22 novembre 2000, n. 15101, in *GC*, 2001, I, 2466; Cass., 28 agosto 2001, n. 11282, in *FI*, 2001, I, 3587).

In base a tale sentenza, vi sono due principali profili da prendere in esame. Il primo riguarda la natura sostanziale o processuale delle clausole di cui alla lett. *u*).

La Corte di cassazione ha riconosciuto la natura processuale alla clausola in esame ed ha ammesso, conseguentemente, l'applicabilità della disciplina del foro del consumatore alle cause iniziate dopo l'entrata in vigore della disciplina delle clausole vessatorie, anche se relative a contratti stipulati anteriormente, in base al principio stabilito dall'art. 5 c.p.c. (secondo il quale: "la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda").

Il secondo aspetto concerne, invece, la portata derogabile o inderogabile del foro del consumatore. Il Supremo Collegio è stato chiamato a stabilire se la regola del foro del consumatore costituisca una deroga alla disciplina della competenza territoriale, oppure un vero e proprio criterio di competenza territoriale, diverso da quelli previsti dal codice di procedura civile, cui si andrebbe a sostituire. I giudici di legittimità hanno condiviso l'interpretazione in forza della quale la norma in esame, individuando nella sede del consumatore il foro delle controversie che lo riguardano, "viene a sostituirsi,

nel relativo campo di disciplina, a quelle del codice di procedura che individuano per le controversie nascenti da contratto altri criteri di collegamento”.

La sentenza in esame ha però, riconosciuto la possibilità che detta clausola subisca delle deroghe giustificate dall'ampio spettro della disciplina in cui la disposizione si inserisce. Ed infatti, il significato dell'inciso è stato chiarito da successive sentenze della Corte di cassazione che, riaffermando l'esclusività del foro speciale introdotto dalla clausola n. 19 dell'art. 1469-*bis*, hanno, tuttavia, precisato che le parti lo possono derogare soltanto con trattativa individuale e che grava sul professionista l'onere della relativa prova.

In particolare, la clausola derogatoria della competenza deve essere valutata dal giudice alla stregua del criterio di cui all'art. 3 Direttiva n. 93/13/CEE e, quindi, considerata abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, essa determini un significativo squilibrio, in danno del consumatore, tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto (Cass., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, in *FI*, 2007, 9, 2439; recentemente Cass., ord., 26 settembre 2008 n. 24262).

Tale orientamento comporta che il giudice nazionale può valutare d'ufficio l'illiceità della clausola e declinare la competenza attribuitagli da una clausola abusiva interpretando, a tal fine, le norme del diritto nazionale in conformità con la lettera e la finalità della direttiva comunitaria (Cass., Sez. III, ord., 11 gennaio 2007, n. 369, in *MGC*, 2007, 1, e in *FI*, 2007, 6, 1778; Cass., Sez. III, ord. 13 giugno 2006, n. 13642, in *FI*, 2007, 4, 1119; Cass., Sez. III, ord. 28 giugno 2005, n. 13890, in *MGC*, 2005, 6; Cass., Sez. III, ord. 29 aprile 2005, n. 8980, in *MGC*, 2005, 5; e Cass., Sez. III, ord. 12 gennaio 2005, n. 449, in *MGC*, 2005, 1 e *FI*, 2005, I, 2741).

A riguardo, la dottrina prevalente conferma la presunta vessatorietà della clausola derogante alla competenza del giudice del luogo o del domicilio elettivo del consumatore (Cian 1996, 425; De Nova 1996, 26; Lapertosa 1998, 713; Valle 2000, 781; De Cristofaro 2006, 474; Salomone 2006, 629; Gentile 2008, 68).

A fini di completezza, occorre aggiungere che la giurisprudenza più recente è ferma nel qualificare il foro del luogo di residenza o di domicilio elettivo del consumatore come esclusivo nelle controversie di consumo. Tale foro prevale anche sul foro determinato in base alle norme del codice di rito (artt. 18 ss. c.p.c.), salvo prova contraria in merito alla vessatorietà della clausola in esame.

Il n. 19) dell'art. 1469-bis, comma 3, c.c., oggi riprodotto dall'art. 33, comma 2, lett. u), codice del consumo, qualifica vessatoria la clausola avente come effetto quello di “stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diverse da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore”. La presunzione di vessatorietà della clausola di cui sopra, vale fino a prova contraria, venendo meno soltanto qualora si dimostri che la stessa ha formato oggetto di trattativa individuale. A tal fine, nei contratti conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari, tale onere probatorio incombe sul professionista, ai sensi dell'art. 1469-ter, comma 5

(Trib. Bari, Sez. II, 7 febbraio 2008, n. 327 e Trib. Bari, sez. II, 15 maggio 2008, n. 1235, in *Giurisprudenzabarese.it* Si veda, inoltre, Cass., Sez. un., 1 ottobre 2003, n. 14669, in *FI*, 2003, I, 3298 nota Palmieri; Cass., Sez. I, 6 settembre 2007, n. 18743, in *MGC*, 2007, 9; GdP Bassano Grappa, 11 agosto 2006, in *GM*, 2007, 2, 370).

E' interessante notare che la disposizione prevista dall'art. 33, secondo comma, lett. u, Codice del consumo è applicabile anche al rapporto che si instaura tra il paziente e la struttura sanitaria (Lucchesi F., *Foro del consumatore: riconosciuta l'applicazione anche al c.d. contratto di ospedalità*, nota Trib. Napoli 6 dicembre 2007, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 400-406).

Ed ancora, va segnalato che il c.d. "foro del consumatore" è inapplicabile alle controversie relative al trattamento dei dati personali (l'art. 152 secondo comma d.lg. 30 giugno 2003 n. 196, attribuisce in via esclusiva la competenza territoriale al giudice del luogo dove risiede il titolare del trattamento) (Cass., Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12980, in *GC*, 2007, 6 1439, nota di Conti).

Prima di concludere il paragrafo, è necessario soffermarsi sulla disciplina delle clausole arbitrali.

A tale riguardo, la dottrina si è mostrata inizialmente divisa. Secondo alcuni, tutte le clausole arbitrali andavano sanzionate con la nullità (De Nova 1996, 26), mentre, per un altro orientamento, solo le clausole che risultino vessatorie, salva la prova contraria data dal professionista, quindi mediante un controllo effettuato caso per caso, erano suscettibile di essere dichiarate nulle (Alpa 2006, 619, commento a Corte di giustizia CE, 26 ottobre 2006, Case C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL* in *GUCE*, C 326, 30 dicembre 2006).

Allo stato, l'indirizzo giurisprudenziale prevalente prevede che le clausole con le quali le eventuali controversie relative ad un contratto stipulato tra un consumatore vengono devolute in arbitrato irrituale sono presuntivamente abusive ai sensi dell'art. 1469-bis c.c. (oggi art. 33 Codice del consumo). In tal senso, già, Trib. Torino, 27 novembre 2001, in *GM*, 2002, 112. L'orientamento prevalente è, dunque, nel senso di considerare vessatoria qualsiasi clausola compromissoria, senza distinzione tra le clausole, che affidano la soluzione della lite ad un arbitrato rituale, e quelle che affidano la soluzione della lite ad un arbitrato irrituale (Trib. Roma, 18 agosto 2006, in *BBTC*, 2008, 2, 111-116, nota Mancini).

7. Contratti relativi a servizi bancari e finanziari.

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 - 1469 bis c.c. (ora abrogato) - d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u. finanziario) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Barenghi 2008

La giurisprudenza è intervenuta, in diverse occasioni, individuando una serie di clausole abusive dei contratti bancari (Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Giur. Romana*, 2000, 430, e App. Roma, 29 aprile 2002, in *Giur. Romana*, 2002, 375).

In particolare, la Corte di cassazione ha stabilito che, in tema di contratti bancari conclusi con i consumatori, è vessatoria la clausola, contenuta nelle condizioni generali

di contratto, che riconosce unilateralmente al professionista la facoltà di modificare le disposizioni economiche del rapporto contrattuale, anche in mancanza di un giustificato motivo, così come richiesto, in via generale, dall'art. 1469-*bis*, comma 5, n. 11 (attualmente riprodotto nell'art. 33, comma secondo, lettera *m*), Codice del consumo). (Cass. 21 maggio 2008, n. 13051 e Trib. Palermo, 20 febbraio 2008 in *FI*, 2008, I, 2474).

La medesima sentenza stabilisce, inoltre, la natura vessatoria:

(a) della clausola relativa al servizio di cassette di sicurezza, che limita la responsabilità contrattuale del professionista, in caso di danneggiamento o distruzione delle cose custodite, ai soli danni comprovati ed obiettivi, con esclusione del valore d'affezione, assumendo come limite quantitativo del risarcimento il valore dichiarato dal cliente ed il conseguente massimale assicurativo, nonché

(b) della clausola che riconosce alla banca il diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata corrispondenza tra il valore dichiarato dal cliente e il valore effettivo.

Secondo la sentenza in esame, entrambe le clausole, oltre che lesive del divieto di limitazione della responsabilità contrattuale in caso di dolo o colpa grave, contenuto nell'art. 1229, comma 1, c.c. sono produttive di un significativo ed ingiustificato squilibrio tra le parti, in quanto dirette a limitare il diritto del consumatore ad agire, in caso di inadempimento del professionista, anche per colpa lieve.

L'art. 33 Codice del consumo, nella sua parte finale, prevede, infine, una serie di deroghe rispetto all'applicabilità della normativa sulle clausole abusive in relazione ai contratti relativi ai servizi finanziari. Un autore rileva che l'inciso "ove consentite dalla legge" previsto nelle clausole di indicizzazione vada interpretato nel senso di "non espressamente vietate", purché le modalità di indicizzazione siano indicate nel titolo (Barenghi 2008, 223).

8. Il diritto contrattuale europeo dei consumatori (Cenni).

Legislazione d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221 - 1469 *bis* c.c. (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE - Direttiva 85/577/CEE - Direttiva 90/314/CEE - Direttiva 94/47/CE - Direttiva 97/7/CE - Direttiva 98/6/CE - Direttiva 98/27/CE - Direttiva 99/44/CE

Bibliografia Ebers 2007 - Poncibò 2007 - Wilhelmsson 2008 - Sefton-Green e Rutgers 2008

Il diritto contrattuale europeo dei consumatori vive oggi una fase di importante ripensamento in sede comunitaria.

La Commissione Europea ha presentato, in data 8 ottobre 2008, una “*Proposta di direttiva relativa al diritto contrattuale dei consumatori*” (Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sui diritti dei consumatori, 8 ottobre 2008, COM(2008), 614 def.).

La Proposta di Direttiva è il risultato del riesame dell’*acquis* relativo ai consumatori avviato nel 2004 e relativo ad serie di direttive riguardanti la tutela contrattuale del consumatore (e precisamente: la direttiva sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, 85/577/CEE, la direttiva concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti ‘tutto compreso’, direttiva 90/314/CEE, la citata direttiva sulle clausole abusive, 93/13/CEE, la direttiva sulla multiproprietà, direttiva 94/47/CE, la direttiva in materia di contratti conclusi a distanza, direttiva 97/7/CE, la direttiva in materia di indicazione dei prezzi offerti ai consumatori, direttiva 98/6/CE, la direttiva sui provvedimenti inibitori, direttiva 98/27/CE, la direttiva sulle garanzie nella vendita dei beni di consumo, direttiva 99/44/CE).

L’obiettivo complessivo del riesame è quello di realizzare un effettivo mercato interno tra imprese e consumatori, che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese (Ebers 2007, 696, Poncibò 2007, 1).

Su tali basi, la Proposta di Direttiva mira a modificare le citate Direttiva 85/577/CEE, Direttiva 93/13/CEE, Direttiva 97/7/CE e Direttiva 1999/44/CE, consolidando tali misure in un unico strumento orizzontale, che dovrebbe disciplinare gli aspetti comuni al diritto contrattuale europeo dei consumatori, in modo sistematico, semplificare e aggiornare le norme esistenti, nonché risolverne le incoerenze e le lacune.

E’ importante segnalare al lettore che la Proposta di Direttiva prende le distanze dal precedente approccio, che si caratterizza per l’adozione di misure di minima armonizzazione della materia, per accogliere un approccio di massima armonizzazione (i.e. gli Stati membri non possono mantenere, o adottare disposizioni divergenti da quelle fissate nella direttiva).

Questa fondamentale prospettiva di riforma è oggetto dell’interesse e delle perplessità della dottrina ed alcuni autori pongono in luce i rischi legati all’adozione di una misura di massima armonizzazione del diritto contrattuale europeo dei consumatori (Ebers 2007, 733; Poncibò 2007, 6; Wilhelmsson 2008, 225-229; Sefton-Green e Rutgers 2008, 427-445).

Cristina Poncibò

Bibliografia

Alpa G.
2006 *I diritti dei consumatori e il 'Codice del consumo' nell'esperienza italiana*, in CIE, 1-32

Alpa G.
2006 *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Rivista dell'arbitrato*, 619-627

Alpa G. e Rossi Carleo L.
2005 (a cura di) *Codice del consumo, Commentario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli

Alpa G., Patti S.
2003 (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D.*, Giuffré, Milano

Atelli M.
1998 *Chi troppo vuole ottiene (appena) il dovuto più faticosamente: per un'ipotesi di coordinamento degli artt. 1384 e 1469-bis, 3 co., n. 6, cc., in DR*, 208 ss.

Barenghi A.
2008 *sub. art. 33*, in Cuffaro V. (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Giuffré, Milano, 211-223

Bevilacqua E., Labriola M.
2007 *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, in RN, 703-751.

Bianca C.M. e Alpa G.
1996 (a cura di) *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova

Bianca C.M.
1996 *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti con consumatori, L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova

Bigliazzi Geri L.
1999 *Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Cedam, Padova

Bianca C.M.
2000 *Diritto civile, III, Il contratto*, Giuffré, Milano

Bianca C.M., Busnelli F.D.

1999 (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Cedam, Padova

Bocchini R.

2005 *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato diretto da Rescigno P., Gabrielli E.*, III, 1, Utet, Torino, 205 ss.

Calvo R.

2005 *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Dir. comm. e dir. pub. econom. diretto da Galgano F.*, Vol. XXXIV, Cedam, Padova, 249 ss.

Id.

2006 *Il Codice del consumo tra 'consolidazione' di leggi e autonomia privata*, in CIE, 74-86

Cian G.

1996 *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *SIur*, 411 ss.

Chirico P.

2001 *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, in Cesàro (a cura di), Cedam, Padova, I, 230 ss.

Conti R.

2005 *Codice del consumo, una pagina nuova nella tutela consumeristica*, in *CorG*, 1749-1759

Id.

2006 Nota a Trib. Palermo, 29 maggio, in *CG*, 1268 ss.

Id.

2003, Nota Trib. Foggia, 2 agosto 2001, in *CG*, 483 ss.

Id.

2007 Nota a Cass., Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12980, in *GC*, 1439

De Cristofaro G.

2008 *Il 'cantiere aperto' codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium Juris*, 265-274

De Cristofaro G.

2006 *Il "Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)"*, in *NLCC*, 747-818

Ciatti A.

2000 Nota a App. Torino, 22 febbraio, in *GI*, 2000, 212 ss.

Cubeddu M.G.

2003 *sub Art. 1469 -bis comma 3 n. 9*, in Alpa, Patti, (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., Milano, 416 ss.

Delogu L.

2006 *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in CIE, 87-100

De Nova G.

1996 *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Milano, 5-27

Diurni A.

2003 *sub art. 1469 bis 3° comma nn. 12 e 13*, in Alpa G., Patti S., (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., Milano, 1, 515 ss.

Ebers M.

2007 *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 696-733

Gabrielli E., Minervini E.

2005 *I contratti dei consumatori*, Utet, Torino

Gabrielli E.

2004 *I contratti del mercato finanziario*, Gabrielli E., Lener G. (a cura di), in *I contratti del mercato finanziario*, «Trattato dei contratti», diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, I, Torino, Utet, 2004, 43 ss.

Gentile P.

2008 *Il foro del consumatore ed il codice del consumo*, RDC, 2008, 68-84

Granieri M.

2000 Nota a Trib. Palermo, 10 gennaio 2000, *DR*, 282 ss.

Id.

2000 Nota a Trib. Torino, 11 novembre 1999, in *DR*, 2000, 277 ss.

Id.

1999 Nota T. Roma, 31 agosto 1998, in *DR*, 329 ss.

Landini S.

2007 Nota Trib. Milano, 12 gennaio, 2007, in *Assicurazioni*, II, 2, 55 ss.

Lapertosa F.

1998 *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *RDP*, 713 ss.

Lener G.

1996, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *FI*, V, 145-166.

Lener G.

2005 *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato diretto da Rescigno P., Gabrielli E.*, III, 1, Torino, 195 ss.

Lucchesi F.

2008 *Foro del consumatore: riconosciuta l'applicazione anche al c.d. contratto di spedalità*, nota a Trib. Napoli, 6 dicembre 2007, in *Obbligazioni e Contratti*, 400-406

Mancini T.

2008 *L'abusività della clausola compromissoria per arbitrato irrituale nei contratti con il consumatore (Nota a Trib. Roma 18 agosto 2006)*, in *BBTC*, 2, 111-116

Minervini E.

2006 *Dei contratti del consumatore in generale*, Giappichelli, Torino

Id.

2001 *La specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie nella recente legislazione speciale*, in *RiDP*, 2001, 815 ss.

Morelato E.

2008 *sub. art. 33 Codice del consumo*, in Bonilini G., Confortini M. (a cura di), *Codice ipertestuale del Consumo*, Utet, Torino, 145-156

Palmieri A.

2006 Nota Trib. Palermo, 29 maggio, 2006, in *FI*, I, 2542 ss.

Id.

2003 Nota a App. Roma, 24 settembre 2002, in *FI*, I, 332 ss.

Palmieri A., Laghezza P.

2000 Nota a Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *FI*, I, 2045 ss.

Palmieri A., Laghezza P.

2000 Trib. Palermo, 10 gennaio 2000, in *FI*, I, 2052 ss.

Palmieri A.

1999 Nota Trib. Palermo, 2 giugno 1998, in *FI*, I, 358 ss.

Patti S.

1996 *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, Padova

Poncibò C.

2007 *The Challenges of EC Consumer Law*, European University Institute Working Papers, Max Weber Programme no. 2007/24, consultabile all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1028218>

Rossi Carleo L.

2006 *Il Codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *CIE*, 33-42

Id.

2005 *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *RassDC*, 879-895

Ruffolo U.

1997 (a cura di) *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, *Gli artt. 1469 bis ss. cc. e i contratti con il consumatore*, Giuffrè, Milano

Salomone R.

2006 *Il foro del consumatore tra diritto positivo e "judge made law"*, in *RTDPC*, 629-638

Scarpa A.

1999 *Le clausole vessatorie nel regolamento di condominio*, *Rass. locazioni*, 481 ss.

Sefton-Green R., Rutgers J.

2008 *Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse*, 3 *ERPL*, 427-442

Sirena P.

2000 *Il giudizio di abusività delle clausole di recesso della banca dai contratti di credito al consumo*, in *NGCC*, I, 501-506

Sirena P.

2003 *Commento all'art. 1469-bis , 3° comma, c.c. e all'art. 1469-ter , 2°, 3° e 5° comma, c.c.*, in *Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli*, Milano, 207-217, 855-933, 1005 ss.

Tommaseo R.

2003 *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Alpa, Patti (a cura di), in *Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli*, Milano, 618 ss.

Tonello M.

1999 *sub art. 1469-bis, co. IV, V, VI*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Cedam, Padova, 873 ss.

Tripodi E.M.

2006 *Dei Contratti del consumatore in generale*, in Belli C., Tripodi E.M. *Codice del consumo. Commentario del D.lg.6 settembre 2005, n. 206*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (Ravenna), 199-224

Troiano S.

2003 sub. art. 1469-bis I comma c.c., in Alpa G., Patti S., (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., Giuffré, Milano, 1, 81 ss.

Ubaldi P.

2003 sub. art. 1469-bis n. 15 c.c.; in Alpa G., Patti S., (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., Giuffré, Milano, 576 ss.

Valle L.

2000 *Giudizio di vessatorietà e clausole riproduttive di disposizioni di legge*, in *CI*, 662-672

Vaccà C.

2000 *La disciplina dei contratti di consumo*, in *Consumatori, contratti, conflittualità, Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, Vaccà C. (a cura di), Egea, Milano, 41 ss.

Wilhelmsson T.

2008 *Full Harmonisation of Consumer Contract Law ?*, in *ZEuP*, 2, 225-229

Art. 34

L'accertamento della vessatorietà delle clausole

La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.

La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi; purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, ovvero che siano riprodottrici di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.

Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.

Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti; siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore.

Importanza +++ - Norma di notevole rilevanza che completa quanto previsto dall'art. 33 Codice del consumo, stabilendo le modalità di accertamento della natura vessatoria delle clausole previste nei contratti dei consumatori

Contenuto – La norma prevede i criteri per determinare la natura vessatoria di una clausola e disciplina le clausole che riproducono disposizione di legge o convenzioni internazionali, nonché il contratto concluso mediante moduli o formulari

Fonti e sistema – Norme codicistiche correlate: artt. 1229, 1341, 1342, 1355, 1384, 1462, 1469-ter (ora abrogato), 1490, 1497, 1512, 1664, 1845, 2698, 2965 c.c. Art. 18 c.p.c. Fonti normative: l. 7 agosto 1990, n. 241, d.lg. 1 settembre 1993, n. 385, l. 31 maggio 1995, n. 218, l. 14 novembre 1995, n. 481, l. 6 febbraio 1996, n. 52, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58, d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, l. 21 dicembre 1999, n. 526, l. 21 luglio 2000, n. 205, d.lg. 23 ottobre 2007, n. 221. Fonti comunitarie: Regolamento CE n. 44/2001, Direttiva 93/13/CEE

Questioni principali – Valutazione della natura vessatoria della clausola - Definizione del concetto di trattativa individuale

Applicazioni - Contratti dei consumatori. Contratti conclusi mediante moduli o formulari

Giurisprudenza essenziale -

Cass., Sez. I, 6 settembre 2007, n. 18743 (in *RFI*, 2007, *Contratto in genere* [1740], n. 3819) - In tema di controversie tra consumatore e professionista, per la determinazione del foro competente si applica la disposizione dettata dall'art. 1469 bis, comma 3 n. 19, c.c., che, avendo natura di norma processuale, estende la sua efficacia anche alle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore (con l. n. 52 del 1996) e pur se relative a contratti stipulati prima; la competenza territoriale ivi stabilita, esclusiva ma derogabile, del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, introduce una presunzione di vessatorietà di una diversa clausola che preveda un'altra località come sede del foro competente, salva la dimostrazione, a carico del professionista e secondo l'eccezione di cui all'art. 1469-ter c.c., di preesistenza alla stipula di una trattativa individuale

Cass. ord., Sez. III, 28 giugno 2005, n. 13890 (in *RFI*, 2005, *Contratto in genere* [1740], n. 444) - Ai sensi dell'art. 1469-ter, ultimo comma, c.c. le clausole predisposte dal professionista, e contenute in moduli per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, devono essere oggetto di specifica trattativa - da provare dal predisponente - con il consumatore che firma il contratto per adesione

Trib. Firenze, 19 agosto 2004 (in *RFI*, 2005, *Mediazione* [4140], n. 54) - È legittima la pattuizione che prevede il diritto alla provvigione alla sola presentazione, da parte del mediatore al conferente l'incarico, di una proposta d'acquisto conforme alle richieste; tale pattuizione, incidendo sull'oggetto del contratto, è da ritenersi vessatoria ai sensi dell'art. 1469-ter, 2° comma, se formulata in maniera oscura

Trib. Ivrea, 1 settembre 2005 (in *GI*, 2005, 2296) - L'abusività di una clausola predisposta unilateralmente, ai sensi dell'art. 1469-bis c.c., 1° comma, è da ricondursi ad uno squilibrio normativo in danno del consumatore e non alla sua protezione da un'eventuale squilibrio economico delle prestazioni dovute (nella specie si è ritenuto che non è indice di abusività la circostanza che il meccanismo di tutela predisposto dal regolamento di emissione non sia idoneo a salvaguardare integralmente l'interesse economico del portatore del warrant)

Trib. Bologna, 14 giugno 2000 (in *CG*, 2001, 527) - La dichiarazione che il consumatore renda in calce alle clausole abusive circa la loro preventiva negoziazione con il professionista, se espressa nell'ambito delle contrattazioni di massa, non è sufficiente a dimostrare che sia realmente intercorsa fra le parti una trattativa idonea a vincere la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 1469-ter, 4° comma, c.c.

Trib. Torino, 12 aprile 2000 (in *Gius*, 2000, 2396) - Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda di inibitoria ai sensi dell'art. 1469-sexies c.c. dell'uso di clausole contenute in condizioni generali di contratto riprodotte di regolamenti amministrativi i quali, peraltro, non rientrano nella previsione dell'art. 1469-ter, terzo c.c., che si riferisce unicamente alle clausole che sono riprodotte di disposizioni di legge

Sommario: 1. I criteri relativi all'accertamento della vessatorietà - 2. Le clausole relative all'oggetto del contratto e l'irrelevanza della congruità dello scambio - 3. Condizioni generali di contratto e clausole riprodotte di disposizioni normative - 4. La trattativa individuale - 5. La prova della trattativa

1. I criteri relativi all'accertamento della vessatorietà.

Legislazione 1469-ter (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Lener 1996 - Azzaro 2005 - Barenghi 2008 - Morelato 2008

La disposizione in commento riproduce, senza apportare modifiche, il contenuto dell'art. 1469-ter c.c. (ora abrogato). Detta norma fornisce i criteri fondamentali in base ai quali è effettuata la verifica circa la natura vessatoria di una clausola. Al tempo stesso, l'art. 34 Codice del consumo individua i limiti di applicazione della disciplina, avendo riguardo, per esempio, alle clausole che riproducono disposizioni di legge (Barenghi 2008, 224; Morelato 2008, 157).

Il primo criterio attiene alla natura del bene o del servizio oggetto del contratto. A tal proposito, un autore osserva che il giudizio di vessatorietà non deve incentrarsi sul tipo di contratto scelto dalle parti, quanto sulla specifica prestazione cui il professionista è tenuto nei confronti del consumatore (Azzaro 2005, 93).

Il secondo criterio è quello relativo alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto. Le rispettive posizioni dei contraenti devono dunque, essere prese in considerazione e, segnatamente: la posizione e la qualità del professionista, il fatto che il consumatore sia stato incoraggiato a concludere il contratto, o che il contratto sia stato concluso dietro richiesta dello stesso consumatore. Il parametro in esame si distingue da quello contemplato dall'art. 1362, secondo comma, c.c., poiché quest'ultimo ha carattere sussidiario e riguarda necessariamente il comportamento di entrambe le parti (Azzaro 2005, 69).

Terzo, le altre clausole del contratto, o di un contratto collegato, devono essere, esaminante nel giudizio di vessatorietà (Azzaro 2005, 74).

Sotto il profilo temporale, i suddetti criteri vanno considerati al momento della conclusione del contratto e a quello in cui la volontà consumatore si è formata, essendo irrilevante, agli effetti della disposizione in esame, ogni successiva loro modifica (Lener 1996, 153).

2. Le clausole relative all'oggetto del contratto e l'irrelevanza della congruità dello scambio.

Legislazione 1469-ter (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Barenghi 2008 - Morelato 2008

Il secondo comma della disposizione in esame precisa che la valutazione del carattere vessatorio di una clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi.

La congruità dello scambio è, pertanto, irrilevante sotto questo profilo (Barenghi 2008, 224; Morelato 2008, 157). In attuazione di tale principio, la giurisprudenza di merito ha escluso la vessatorietà di una clausola relativa all'emissione di *warrant*, benché la stessa non fosse idonea a salvaguardare integralmente l'interesse economico del risparmiatore.

L'abusività di una clausola predisposta unilateralmente, ai sensi dell'art. 1469-*bis* c.c., 1° comma, è da ricondursi ad uno squilibrio normativo in danno del consumatore e non alla sua protezione da un'eventuale squilibrio economico delle prestazioni dovute (nella specie si è ritenuto che non è indice di abusività la circostanza che il meccanismo di tutela predisposto dal regolamento di emissione non sia idoneo a salvaguardare integralmente l'interesse economico del portatore del warrant).

(T. Ivrea, 1 settembre 2005, in *GI*, 2005, 2296)

In relazione alla determinazione dell'oggetto del contratto, giova sottolineare che tutte le clausole contrattuali devono essere tenute in considerazione al fine di stabilire quali siano l'oggetto del contratto ed il corrispettivo che rilevano ai sensi dell'articolo qui commentato. Così, per esempio, una sentenza ha negato la natura vessatoria di una clausola che escludeva la copertura assicurativa nel caso di veicolo guidato da persona in stato di ebbrezza. Secondo i giudici di Venezia, tale clausola era relativa all'oggetto della prestazione dell'assicuratore (Trib. Venezia, 24 maggio 2004, in *DR*, 2005, 558).

Diversamente, le clausole relative all'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo sono sottoposte al giudizio di vessatorietà se individuate in modo non chiaro o comprensibile (sui parametri di chiarezza e comprensibilità e sul loro significato si rinvia al commento *sub* articolo 35 Codice del consumo). Ciò in quanto la determinazione dell'oggetto della prestazione circoscrive l'ambito dell'impegno contrattuale assunto del professionista ed è, perciò, necessario che tale determinazione non sia tale da limitare i rimedi apprestati a tutela del consumatore ed atti a consentirgli di ottenere la prestazione dedotta in contratto (Barenghi 2008, 224; Morelato 2008, 157).

È legittima la pattuizione che prevede il diritto alla provvigione alla sola presentazione, da parte del mediatore al conferente l'incarico, di una proposta d'acquisto conforme alle richieste; tale pattuizione, incidendo sull'oggetto del contratto, è da ritenersi vessatoria ai sensi dell'art. 1469-ter, 2° comma, se formulata in maniera oscura.

(Trib. Firenze, 19 agosto 2004, in *RFI*, 2005, *Mediazione* [4140], n. 54)

Il difetto di chiarezza e comprensibilità di tali clausole può comportare, a seconda degli effetti, nullità della clausola e quindi del contratto ai sensi dell'art. 1346 c.c., oppure può aprire la strada al giudizio di vessatorietà. Nel primo caso, deve trattarsi di difetto di trasparenza tale da rendere totalmente incomprensibile e, quindi, indeterminato l'oggetto del contratto. Nel secondo caso, il difetto di trasparenza deve essere tale da non consentire una delimitazione certa e permanente dell'oggetto del contratto (Barenghi 2008, 224; Morelato 2008, 157).

3. Clausole riproduttive di disposizioni normative e condizioni generali di contratto.

Legislazione 1469-ter (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996 n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Carbone 1996 - Piazza 1997 - Ruffolo 1997- Valle 2000 - Sirena 2005

Ai sensi del secondo comma dell'articolo in esame, le clausole che riproducono disposizioni di legge sono escluse dal giudizio di vessatorietà: tali clausole non possono essere considerate vessatorie per l'ovvia considerazione che la loro mancata previsione non varrebbe, comunque, ad escludere l'operatività della previsione normativa (Trib. Cagliari, 27 agosto 2002, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 731, nota Sollai).

Non sono abusive, in quanto riproducono disposizioni di legge, le clausole, predisposte per regolamentare in modo uniforme contratti di assicurazione, con le quali: a) si escludono dalla garanzia i danni determinati o agevolati da dolo o colpa grave del contraente, dell'assicurato e del beneficiario; b) si consente all'assicuratore di accertare le circostanze relative all'operatività della polizza e si stabiliscono regole concernenti il corretto comportamento delle parti nel corso del rapporto; c) si prevede la perdita dell'indennizzo in caso di esagerazione dolosa del danno. (App. Roma, 7 maggio 2002, in *FI*, 2002, I, 2823, Palmieri, De Rosas)

Secondo la dottrina, la locuzione "disposizioni di legge" include tutte le norme, anche quelle contenute in regolamenti e, in genere, in fonti di rango secondario (Ruffolo 1997, 104; Piazza 1997, 519; Carbone 1996, 1307; in senso contrario Sirena 2005, 156). La dottrina precisa, poi, che la previsione in esame trova applicazione in caso di riproduzione nel contratto tanto di norme imperative, quanto di norme dispositive (Sirena 2005, 153).

In relazione a tale profilo, va segnalata una decisione del Tribunale di Roma, secondo la quale l'approvazione da parte dell'autorità amministrativa dei regolamenti, che disciplinano lo svolgimento di concorsi pronostici connessi a manifestazioni sportive, non impedisce il loro assoggettamento al sindacato di vessatorietà, posto che tali atti hanno natura contrattuale (Trib. Roma, 4 febbraio 2002, in *FI*, 2002, I, 2829, nota De Rosas e Palmieri). Dello stesso avviso, la sentenza del Tribunale di Torino qui riportata.

Sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda di inibitoria ai sensi dell'art. 1469-*sexies* c.c. dell'uso di clausole contenute in condizioni generali di contratto riproduttive di regolamenti amministrativi i quali, peraltro, non rientrano nella previsione dell'art. 1469-*ter*, terzo c.c., che si riferisce unicamente alle clausole che sono riproduttive di disposizioni di legge. (Trib. Torino, 12 aprile 2000, in *Gius*, 2000, 2396)

Lo stesso Tribunale di Roma aveva interpretato, in precedenza, la norma secondo un orientamento estensivo, arrivando, perciò, ad escludere anche le clausole riproduttive di disposizioni regolamentari dal controllo di vessatorietà (Trib. Roma, 2 agosto 1997, in *FI*, 1997, I, 3010, nota di Lener; Trib. Palermo, 11 luglio 2000, in *CG*, 2000, 1508, nota Conti).

In relazione al profilo in esame, è opportuno precisare che la natura vessatoria di una clausola non è esclusa quando il richiamo a fonti normative sia inteso ad eludere l'applicazione di altre disposizioni di legge che tutelano il consumatore, come nel caso in cui nel contratto venga richiamata una delle disposizioni che stabiliscono i fori legali ai sensi dell'art. 18 c.p.c. in deroga del foro esclusivo del consumatore. In tal senso, la giurisprudenza di legittimità secondo la quale la clausola che stabilisca uno dei fori legali di cui agli art. 18 e 19 c.p.c., se diversi da quello del consumatore deve essere ritenuta vessatoria (v. anche *sub* art. 33, lett. *u*). (Cass., Sez. III, ord. 23 febbraio 2007,

n. 4208, in *FI*, 2007, I, 2439 e Cass., Sez. III, ord. 28 giugno 2005, n. 13890, in *RFI*, 2005, *Contratto in genere* [1740], n. 444).

Ed ancora, la riproduzione o il richiamo delle norme deve sempre essere formulato in modo specifico ed idoneo ad individuarle correttamente. Un autore ritiene, peraltro, che anche la regola della trasparenza fissata dall'art. 35 Codice del consumo può trovare applicazione anche in relazione a questa tipologia di clausole (art. 1469-*quater* c.c.) (Valle 2000, 795).

Va, inoltre, rilevato che anche le clausole riproduttive di disposizioni, o attuative di principi, contenuti in convenzioni internazionali, delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea, sono sottratte al vaglio di vessatorietà (Valle 2000, 797 e Sirena 2005, 163).

Infine, le condizioni generali di contratto e i regolamenti assoggettati a controllo ministeriale sono soggetti al controllo di vessatorietà (in particolare: i regolamenti delle lotterie nazionali, di concorsi a pronostici, di giochi a premi).

La clausola derogativa della competenza territoriale per le controversie relative alla partecipazione ad un concorso pronostici (nella specie, il Totogol), contenuta nel relativo regolamento, non è vessatoria, in quanto non determina un significativo squilibrio a carico dello scommettitore.

(Cass., Sez. III, 1 giugno 2001, n. 7436, in *FI*, 2002, I, 146, nota Palmieri. Trib. Roma, 4 febbraio 2002, in *FI*, 2002, I, 2829, nota De Rosas, Palmieri; Trib. Palermo, 3 febbraio 1999, in *FI*, 1999, I, 2085, nota Palmieri; Trib. Bari, 21 ottobre 1999, in *RFI*, 2001, *Contratto in genere* [1740], n. 358)

Da ultimo, si può notare che il medesimo controllo trova applicazione in relazione alle carte dei servizi, qualora abbiano natura contrattuale (es. le condizioni generali di un contratto di trasporto aereo) (Trib. Bari, 25 marzo 2002, in *FI*, 2002, I, 2827, nota De Rosas, Palmieri).

4. La trattativa individuale.

Legislazione 1469-*ter* (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Morello 1996 – De Nova 1996 - Cian 1996 – Benedetti 1998 - Angeloni 1999 - Conte 2000 – Scarano 2003 – Barenghi 2008

In base alla norma qui commentata, le clausole che sono oggetto di una trattativa individuale sono escluse dal giudizio di vessatorietà. Detta previsione non implica che tali clausole non siano vessatorie, ma semplicemente che ad esse non si applica la normativa di protezione prevista dalle disposizioni in esame, in attuazione del principio dell'autonomia contrattuale (Benedetti 1998, 17).

In tema di controversie tra consumatore e professionista, per la determinazione del foro competente si applica la disposizione dettata dall'art. 1469-bis, comma 3 n. 19, c.c., che, avendo natura di norma processuale, estende la sua efficacia anche alle cause iniziate dopo la sua entrata in vigore (con l. n. 52 del 1996) e pur se relative a contratti stipulati prima; la competenza territoriale ivi stabilita, esclusiva ma

derogabile, del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, introduce una presunzione di vessatorietà di una diversa clausola che preveda un'altra località come sede del foro competente, salva la dimostrazione, a carico del professionista e secondo l'eccezione di cui all'art. 1469 ter c.c., di preesistenza alla stipula di una trattativa individuale.

(Cass., Sez. I, 6 settembre 2007, n. 18743, in *RFI*, 2007, *Contratto in genere* [1740], n. 3819)

Alla luce dell'art. 36 Codice del consumo, il suddetto limite non opera, però, nei confronti delle clausole che hanno per effetto:

- i) di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista;
- ii) di escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista;
- iii) di prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

Queste clausole sono, infatti, nulle anche se frutto di una trattativa individuale (cfr. commento *sub*. art. 36 Codice del consumo).

La dottrina precisa che l'oggetto della trattativa non deve essere necessariamente l'intero contratto, potendo la trattativa riguardare anche le singole clausole, o elementi di esse (De Nova 1996, 34). Un autore ritiene rilevante anche una trattativa parziale (Scarano 2003, 972).

In ogni caso, il principale problema applicativo dell'articolo qui commentato consiste nel rilevare quando vi sia stata una trattativa individuale (Barenghi 2008, 225-226). Sul punto, la giurisprudenza ha precisato che l'inserzione nel contratto di una dichiarazione da parte del consumatore di acconsentire specificamente alle clausole vessatorie o la dichiarazione di aver preso parte alla determinazione del contenuto di tali clausole non è sufficiente a far ritenere la ricorrenza della trattativa individuale (Conte 2000, 105).

La dichiarazione che il consumatore renda in calce alle clausole abusive circa la loro preventiva negoziazione con il professionista, se espressa nell'ambito delle contrattazioni di massa, non è sufficiente a dimostrare che sia realmente intercorsa fra le parti una trattativa idonea a vincere la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 1469-ter, 4° comma, c.c. (Trib. Bologna, 14 giugno 2000, in *CG*, 2001, 527, nota Conti)

Secondo una certa dottrina, la trattativa individuale non può essere ritenuta tale solo in ragione della specifica approvazione per iscritto della clausola (Scarano 2003, 988), ovvero della possibilità offerta al consumatore di scegliere tra clausole di diverso contenuto (Cian 1996, 417). In senso contrario si è espresso il GdP di Milano in una risalente sentenza.

Nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, la clausola derogativa della competenza territoriale si presume vessatoria fino a prova contraria; tuttavia la doppia sottoscrizione apposta sul contratto dai consumatori costituisce presunzione del fatto che la stessa sia stata oggetto di specifica trattativa ex art. 1469-ter, 4° comma, c.c. (GdP Milano, 7 ottobre 1998, in *Giudice di pace*, 2000, 128, e in *RFI*, 2000, *Contratto in genere* [1740], n. 377)

Un autore esclude, inoltre, che la mera conoscibilità o conoscenza da parte del consumatore della vessatorietà della clausola (anche qualora lo stato di consapevolezza della vessatorietà sia dovuto ad una attività di informazione supplementare da parte del professionista) possa costituire una trattativa individuale. Lo stesso autore indica gli esempi della mera comunicazione, della lettura ad alta voce, dell'illustrazione e della spiegazione del significato di tali clausole (Scarano 2003, 976) e non ritiene necessario che la trattativa individuale porti alla modifica della clausola, essendo sufficiente che vi sia stata la possibilità concreta di negoziare e di modificare le clausole, anche se poi il consumatore non si è avvalso di tale facoltà (Scarano, 2003, 980; in senso contrario: Cian 1996, 417).

Giova, poi, chiarire la trattativa individuale può essere fatta anche da soggetti terzi, ad esempio, dai rappresentanti del professionista e del consumatore, quali le associazioni di categoria (Scarano 2003, 970; in senso contrario, De Nova 1996, 225).

Ai sensi dell'art. 1469-ter, ultimo comma, c.c. le clausole predisposte dal professionista, e contenute in moduli per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, devono essere oggetto di specifica trattativa - da provare dal predisponente - con il consumatore che firma il contratto per adesione. (Cass. ord., Sez. III, 28 giugno 2005, n. 13890, in *RFI*, 2005, *Contratto in genere* [1740], n. 444)

Merita, infine, un cenno specifico il caso dei contratti stipulati con l'intervento del notaio. Per alcuni, la disciplina in commento dovrebbe trovare, comunque, applicazione, poiché l'intervento notarile non è di per se stesso idoneo a ritenere integrata l'ipotesi della trattativa individuale. In tal caso, può certamente essere oggetto di prova il fatto che il regolamento negoziale non è stato unilateralmente predisposto dal professionista e che è stato, invece, il frutto di una trattativa tra i contraenti (Morello 1996, 296; Scarano 2003, 970).

La dottrina esclude, peraltro, che il notaio possa farsi carico di effettuare di indagini preventive, allorquando le parti gli presentino un testo contrattuale asserendo che il medesimo è frutto di una trattativa individuale. Tuttavia, quando la fattispecie prospettata al notaio rende evidente che si tratta di un contratto del consumatore, allora il notaio ha il dovere, ricavabile ai sensi dell' art. 1175 c.c., di comunicare alle parti che le clausole contrattuali potranno essere soggette al giudizio di vessatorietà (Angeloni 1999, 647).

6. La prova della trattativa.

Legislazione 1469-ter (ora abrogato) - l. 6 febbraio 1996, n. 52 - Direttiva 93/13/CEE

Bibliografia Lener 1996 - Patti 2000 – Barengli 2008

Esamino, ora, l'ultima ipotesi oggetto dell'articolo in esame.

In particolare, in relazione ai contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, il professionista ha l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore (Barenghi 2008, 225-226).

Per un autore, detta previsione è applicabile anche ai contratti conclusi mediante condizioni generali, che non siano state riprodotte in moduli o formulari (Patti, 2000, 513). Infine, per un altro, la prova dell'assenza di trattativa individuale incomberebbe sul consumatore (Lener 1996, 150).

Bibliografia

Angeloni F.

1999 *La responsabilità civile del notaio: il punto sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale anche con riferimento al recepimento della direttiva CEE 93/13*, in *CIE*, 619-675

Azzaro M.

2005 in Gabrielli, Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato diretto da Rescigno P., Gabrielli E.*, III, 1, Utet, Torino

Barenghi A.

2008 *sub art. 34*, in Cuffaro V. (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Giuffrè, Milano, 224-227

Benedetti G.

1998 *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *RTDPC*, 17-32

Carbone V.

1996 *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statiche*, in *CorG*, 1300-1311

Cian G.

1996 *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 411-419

Conte S.

2000 *La trattativa nella disciplina delle clausole vessatorie*, in Vaccà C. (a cura di), *Consumatori, Contratti, Conflittualità, Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, Egea, Milano, 105-121

Conti R.

2000 Nota a Trib. Palermo, 11 luglio 2000, in *CG*, 1508 ss.

Id.

2000 Nota a Trib. Bologna, 14 giugno 2000, in *CG*, 527 ss.

De Nova G.

1996 *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Milano, 33-38

Id.

1996 *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *RiDP*, 225 ss.

Lener G.

1996 *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *FI*, V, V, 145-166.

1997 Nota a Trib. Roma, 2 agosto 1997, in *FI*, I, 3010 ss.

Morello U.

1996 *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 284-295

Morelato E.

2008 *sub art. 34 Codice del consumo*, in Bonilini G., Confortini M. (a cura di), *Codice ipertestuale del Consumo*, Utet, Torino, 157 ss.

Palmieri A., De Rosas R.

2002 Nota a App. Roma, 7 maggio 2002, in *FI*, I, 2823 ss.

Id.

2002 Nota a Trib. Roma, 4 febbraio 2002, in *FI*, I, 2829 ss.

Id.

2002 Nota a Trib. Bari, 25 marzo 2002, in *FI*, I, 2827 ss.

Palmieri A.

2002 Nota a Cass., Sez. III, 1 giugno 2001, n. 7436, in *FI*, I, 146 ss.

Id.

1999 Nota a Trib. Palermo, 3 febbraio 1999, in *FI*, I, 2085 ss.

Patti S.

2000 *La presunzione di vessatorietà e altri aspetti di diritto delle prove*, in *NGCC*, II, 513 ss.

Piazza A.

1997 *L'art. 1469-ter, co. 3°, c.c.: la questione delle clausole riproduttive di disposizioni di legge e regolamenti*, in *Resp. com. impresa*, 515 ss.

Ruffolo U.

1997 (a cura di) *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, Giuffré, Milano

Scarano L.A.

2003 *sub art. 1469-ter*, in Alpa G., Patti S. (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D., Giuffré, Milano, 935 ss.

Sirena P.

2003 *Commento all'art. 1469-bis , 3° comma, c.c. e all'art. 1469-ter , 2°, 3° e 5° comma, c.c.*, in Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 207-217, 855-933, 1005 ss.

Sollai C.

2004 Nota a Trib. Cagliari, 27 agosto 2002, in *Riv. giur. sarda*, 731 ss.

Valle L.

2000 *Giudizio di vessatorietà e riproduttive di disposizioni di legge*, in *CI*, 662-672

I requisiti di forma delle clausole contrattuali

[1] Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile.

[2] In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.

[3] La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'articolo 37.

Importanza ++ - Norma di una certa rilevanza volta a completare la disciplina relativa alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori

Contenuto - Norma relativa ai requisiti di forma delle clausole contrattuali nei contratti del consumatore

Fonti e sistema - Norme codicistiche di coordinamento: artt. 1341, 1342, 1370, 1469-*quater* (ora abrogato). Fonti normative: artt. 121-126, d.lg. 1 settembre 1993 n. 385; l. 6 febbraio 1996, n. 52 e Circolare Interministeriale Credito Risparmio 4 marzo 2003

Questioni principali - Il rapporto con la clausola generale della buona fede. Il rimedio dell'interpretazione più favorevole al consumatore

Applicazioni - Contratti dei consumatori. Contratti bancari e assicurativi.

Giurisprudenza essenziale -

Trib. Palermo, Sez. III, 26 ottobre 2007 (in *Redazione Giuffrè* 2008) - La previsione di cui al codice del Consumo circa il diritto dei consumatori alla garanzia della "correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi", diritto tutelabile ad opera delle associazioni dei consumatori che possono chiedere, ai sensi dell'art. 140, l'inibizione di "comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori" nonché "l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", induce a ritenere - in armonia con la ratio ispiratrice della direttiva 98/27/CE - che possa certamente procedersi alla valutazione della liceità dei comportamenti posti in essere dall'istituto di credito convenuto.

Trib. Bergamo, 10 maggio 2005 (in *Contr.*, 2006, 592, nota Vigoriti) - In un contratto di mutuo, l'accordo che prevede a carico del mutuatario il pagamento di una determinata somma per estinguere anticipatamente il debito, va ritenuta multa penitenziale e non clausola penale; la clausola che difetti in punto di chiarezza e comprensibilità deve essere dichiarata vessatoria.

GdP Ancona, 28 aprile 2003 (in *FI*, 2004, I, 307) - In un contratto di assicurazione stipulato con un consumatore, che preveda l'indennizzo dei danni arrecati al suo veicolo in conseguenza di atti vandalici, l'esigenza di far prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore comporta che, in assenza di specifiche esclusioni (da indicare con chiarezza nel testo della polizza), per atto vandalico debba intendersi qualsiasi azione produttiva di danni che, a

prescindere dalla sua volontarietà, sia compiuta (anche da persone non identificate) con attrezzi e mezzi di qualsiasi tipo e genere, ivi compresi quelli utilizzati per la circolazione stradale.

App. Roma, 24 settembre 2002 (in FI, 2003, I, 332, nota Palmieri) - La vessatorietà delle clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista, una volta accertato il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a carico del consumatore, può essere dichiarata anche in presenza della buona fede del professionista

Sommario: 1. Ambito di applicazione - 2. L'obbligo di chiarezza e comprensibilità delle clausole - 3. Il rapporto con la clausola generale della buona fede - 4. Il rimedio dell'interpretazione più favorevole al consumatore - 5. Le conseguenze del difetto di trasparenza

1. Ambito di applicazione.

Legislazione artt. 1341, 1342, 1370, 1469-*quater* (ora abrogato); artt. 121-126, d.lg. 1 settembre 1993 n. 385; l. 6 febbraio 1996, n. 52

Bibliografia Cian 1996 – De Nova 1996 - Masucci 1996 - Rizzo 1997 - Minervini, 1997 - Sirena, 1997 - Di Majo 2000 - Giammaria 2003 – Vigoriti 2006 - Barengi 2008

La disposizione in commento riproduce, senza alcuna modifica, l'art. 1469-*quater* cc., norma dedicata alla formulazione linguistica e all'interpretazione del testo dei contratti del consumatore. La norma in esame ha una portata generale e si applica a tutti i contratti conclusi dal consumatore, compresi i contratti bancari e quelli di credito al consumo (De Nova 1996, 39; Sirena 1997, I, 354 e Barengi 2008, 227-228). Per un autore, l'art. 35 Codice del consumo rappresenta una prescrizione "orizzontale", vale a dire un parametro di natura generale con cui il professionista-predisponente deve necessariamente confrontarsi, quale che sia il contratto proposto per il consumatore. Detto obbligo trova, poi, anche una disciplina "verticale" in varie tipologie di contratti: contratti turistici, bancari e nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Vigoriti 2006, 592).

La disciplina investe tutte le clausole, anche quelle non vessatorie, dal momento che anche una clausola non vessatoria può contribuire, se mal formulata, ad un fraintendimento da parte del consumatore della reale portata dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (Rizzo 1997, 1181 e 1183 e Di Majo 2000, 528). La disposizione in esame trova, inoltre, applicazione a prescindere dalle modalità con cui le clausole sono "proposte al consumatore", valutando cioè tutti i singoli e specifici strumenti impiegati per far conoscere il contratto (Rizzo 1997, 1189). Rilevano, per esempio, il prospetto pubblicitario, il *depliant* informativo, gli avvisi e cartelli recanti le condizioni di contratto, i moduli prestampati e le clausole richiamate nel contratto a mezzo di rinvio (Masucci 1996, 138).

Occorre, poi, notare che l'art. 35 Codice del consumo si applica anche alle clausole non unilateralmente predisposte, nonché alle clausole proposte oralmente al consumatore. Secondo la dottrina prevalente, infatti, il riferimento contenuto nella disposizione in esame alla modalità per "iscritto" sarebbe solo un indice del fatto che la

maggioranza dei contratti con il consumatore viene conclusa in tal modo, senza che ciò costituisca un limite alla sua applicazione anche ai casi in cui il contratto è concluso oralmente o con tecniche alternative alla scrittura (Cian 1996, 419; Rizzo 1997, 1186, Masucci 1996, 140; Giammaria 2003, 1018). In senso contrario, un autore secondo il quale il contratto orale è valido e si sottrae alla signoria del principio di trasparenza (Minervini 1997, 101).

A riguardo, giova specificare che, secondo alcuni, detto articolo troverebbe applicazione anche in caso di contratti conclusi con le moderne tecniche di comunicazione e, quindi, anche in relazione alle clausole che compaiono nei sottotitoli di una televendita (Masucci 1996, 140), nonché alle clausole leggibili sulla pagina web di un sito *Internet* o inviate sui telefonini cellulari (Morelato 2008, 163).

In dottrina esclude, invece, che le clausole oggetto di trattativa individuale ricadano nell'ambito di applicazione della disposizione in esame, in ragione della maggiore possibilità di ponderazione ivi assicurata al consumatore (Masucci 1996, 136, 137; Rizzo 1997, 1185).

2. L'obbligo di chiarezza e comprensibilità delle clausole.

Legislazione artt. 1341, 1342, 1370, 1469-*quater* (ora abrogato); artt. 121-126, d.lg. 1 settembre 1993 n. 385; l. 6 febbraio 1996, n. 52

Bibliografia Masucci 1996 - Rizzo 1997 - Poncibò 2006 - Poncibò 2007

Il primo comma dell'art. 35 Codice del consumo esige che le clausole del contratto integrino il parametro della trasparenza, ponendo il consumatore nella posizione di prestare un'adesione consapevole e informata sul piano sia giuridico che economico. In altre parole, tale previsione mira ad evitare che il professionista, con l'utilizzo di formule vaghe o altamente tecniche, possa celare le esatte conseguenze che derivano dalla stipulazione dello specifico contratto. Il diritto alla trasparenza dei rapporti contrattuali è richiamato anche dall'art. 2, secondo comma, Codice del consumo, che lo colloca tra i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti. L'obbligo di trasparenza è formulato come principio valevole per i contratti del consumatore (Rizzo 1997, 1176, 1185).

Il principio della trasparenza si traduce per il professionista nel dovere di predisporre la clausola in modo leggibile dal punto di vista tipografico ed in modo tale da rendere comprensibile il significato del contratto, senza bisogno di particolari sforzi e senza necessità di una competenza specifica o addirittura di ausilio esterno qualificato (con riferimento ai contratti assicurativi: Masucci 1996, 144 e 150; Poncibò 2006, 258). In altri termini, esso si concretizza nell'obbligo di predisporre clausole dal significato inequivocabile, non ingannevole ed esauriente.

Il parametro per misurare la trasparenza del testo di una clausola è quello del "consumatore medio": si tratta di una nozione elastica, i cui confini possono variare sia in relazione al bene oggetto del contratto e al settore in cui viene stipulato il contratto, sia con riguardo alle speciali qualifiche delle parti (Poncibò 2007, 734).

Non si ritiene configurabile, invece, l'obbligo di non utilizzare termini tecnici e giuridici, data la loro importanza per identificare con correttezza determinate operazioni economiche giuridiche, ma solo laddove ciò sia necessario; è inoltre ragionevole pensare che a contratti redatti con linguaggio tecnico si accompagnino materiali esplicativi che chiariscano i vari concetti (Rizzo 1997, 1191; Masucci 1996, 150).

3. Il rapporto con la clausola generale della buona fede.

Legislazione artt. 1341, 1342, 1370, 1469-*quater* (ora abrogato); artt. 121-126, d.lg. 1 settembre 1993 n. 385; l. 6 febbraio 1996, n. 52; CICR 4 marzo 2003

Bibliografia Ruffolo 1997 - Morelato 2008

La dottrina riconduce l'obbligo di chiarezza e comprensibilità al più generale dovere di buona fede sul dovere di chiarezza gravante sulla parti del contratto, ricavabile dalla clausola generale della buona fede (Ruffolo 1997, 39). Il collegamento con la clausola generale della buona fede consente di integrare, ulteriormente, il dovere di chiarezza e comprensibilità, riconducendovi, per esempio, il dovere di sintesi. Un dovere, quello di sintesi, già previsto, peraltro, dalla legislazione bancaria e, precisamente, dalla delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio ("CICR") in data 4 marzo 2003 (Morelato 2008, 164).

Conforme al dovere di buona fede è, inoltre, l'obbligo di tener conto di fattori soggettivi relativi a ciascun consumatore, quali l'età e gli impedimenti fisici o psichici del contraente possano rendere ancor più difficile la comprensione del contratto. In tali casi, il contraente che predispone il contratto dovrebbe attivarsi per la comprensibilità del contratto attraverso l'utilizzo di criteri redazionali basati non alla chiarezza media, ma alla migliore chiarezza possibile (Morelato 2008, 164).

4. Il rimedio dell'interpretazione più favorevole al consumatore.

Legislazione artt. 1341, 1342, 1370, 1469-*quater* (ora abrogato); artt. 121-126, d.lg. 1 settembre 1993 n. 385; l. 6 febbraio 1996, n. 52

Bibliografia Masucci 1996 - Lener 1996 - Scognamiglio 1997 - Stella Richter 1997 - Rizzo 1997 – Morelato 2008

L'art. 35 Codice del consumo, dopo aver disposto al primo comma che le clausole vanno redatte "in modo chiaro e comprensibile", stabilisce che l'interpretazione più favorevole al consumatore deve prevalere in caso di dubbio sul senso di una clausola contrattuale (secondo comma) (Rizzo 1997, 1179; Lener 1996, 153; Masucci 1996, 144).

In un contratto di assicurazione stipulato con un consumatore, che preveda l'indennizzo dei danni arrecati al suo veicolo in conseguenza di atti vandalici, l'esigenza di far prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore comporta che, in assenza di specifiche esclusioni (da indicare con chiarezza nel testo della polizza), per atto vandalico debba intendersi qualsiasi azione produttiva di danni che, a prescindere dalla sua volontarietà, sia compiuta

(anche da persone non identificate) con attrezzi e mezzi di qualsiasi tipo e genere, ivi compresi quelli utilizzati per la circolazione stradale.
(GdP Ancona, 28 aprile 2003, in *FI*, 2004, I, 307 e in *Giudice di pace*, 2004, 142)

La disposizione in esame è evidentemente collegata con l'art. 1370 cc. (Scognamiglio 1997, 947 e Stella Richter 1997, 1027).

Posto che l'interpretazione del contratto secondo buona fede costituisce mezzo ermeneutico sussidiario che presuppone la persistenza di un dubbio sul reale significato delle dichiarazioni contrattuali delle parti, non è dato farvi ricorso quando il giudice di merito, attraverso l'esame degli elementi di prova raccolti, abbia già accertato l'effettiva volontà delle parti. (Cass. Sez. III, 18 maggio 2001, n. 6819, in *FI*, 2001, I, 3183)

La mancanza di chiarezza e di trasparenza può essere oggetto di un giudizio inibitorio, anche se in dottrina dubita che il rimedio dell'interpretazione più favorevole al consumatore possa trovare applicazione anche in tale particolare sede (Morelato 2008). In effetti, la possibilità di fare riferimento agli elementi concreti della stipulazione e, in particolare, alle caratteristiche soggettive del consumatore non è riscontrabile nell'ambito del giudizio collettivo degli relativo agli interessi collettivi dei consumatori.

La previsione di cui al codice del Consumo circa il diritto dei consumatori alla garanzia della "correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi", diritto tutelabile ad opera delle associazioni dei consumatori che possono chiedere, ai sensi dell'art. 140, l'inibizione di "comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori" nonché "l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", induce a ritenere - in armonia con la ratio ispiratrice della direttiva 98/27/CE - che possa certamente procedersi alla valutazione della liceità dei comportamenti posti in essere dall'istituto di credito convenuto
Trib. Palermo, Sez. III, 26 ottobre 2007 (in *Redazione Giuffrè* 2008)

5. Le conseguenze del difetto di trasparenza.

Legislazione artt. 1341, 1342, 1370, 1469-*quater* (ora abrogato); artt. 121-126, d.lg. 1 settembre 1993 n. 385; l. 6 febbraio 1996, n. 52

Bibliografia Masucci 1996 - Lener 1996 - Rizzo 1997 - Di Giovanni 1998 - Giammaria 2003 - Vigoriti 2006 - Morelato 2008

E' importante sottolineare che l'art. 35 Codice del consumo non prevede una sanzione diretta per la violazione dell'obbligo di predisporre clausole chiare e comprensibili: l'art. 1469-*quinquies*, primo comma, c.c. (art. 36, primo comma, Codice del consumo) dichiara vessatorie solamente le clausole di cui agli artt. 1469-*bis* e 1469-*ter* Codice civile (adesso rispettivamente artt. 33 e 34 Codice del consumo).

La violazione del precetto generale del contenuto dall'art. 35, primo comma, Codice del consumo concerne una ampia serie di ipotesi: se la clausola è assolutamente non comprensibile (es. errore di stampa, sovrapposizione di caratteri etc.), questa è nulla

per mancanza di intelligibilità; se la clausola è ambigua, prestandosi a più interpretazioni, allora si applica l'art. 35, secondo comma, Codice del consumo (Vigoriti 2006, 594).

In tale quadro, l'art. 35 Codice del consumo sembra fare riferimento ad una ipotesi ancora più precisa: una clausola né totalmente incomprensibile, né soggetta a più interpretazioni, ma un testo che ha un solo e preciso significato, sebbene oscuro ad un consumatore medio.

La dottrina si divide rispetto alla sanzione eventualmente applicabile a causa del difetto di trasparenza. Sono, tuttavia, ravvisabili due principali orientamenti.

In base al primo orientamento, la violazione dell'obbligo di trasparenza sarebbe un mero indice da affiancare ad altri parametri necessari per far scattare una sanzione, mentre in forza del secondo vi sarebbe una corrispondenza immediata - e diretta - tra la violazione del dovere di trasparenza e la relativa sanzione.

Gli argomenti portati a sostegno della prima tesi variano sensibilmente: un autore rileva il mancato richiamo letterale nell'articolo in esame del primo comma dell'art. 36, primo comma, Codice del consumo; altri autore sottolineano che l'art. 33, primo comma, Codice del consumo qualifica una clausola come vessatoria qualora questa determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi: squilibrio che rimane tutto da dimostrare di fronte ad una clausola incomprensibile o non chiara (Lener 1996, 154, Di Giovanni 1998, 105; Sirena 2003, 869).

In considerazione di ciò, di fronte ad una clausola non trasparente, la soluzione risiederebbe nell'operare, sempre, una ulteriore verifica sulla presenza dello squilibrio a vantaggio del predisponente, prima di dichiarare la vessatorietà della clausola.

Come si accennava, in forza di un secondo orientamento, la violazione del precetto contenuto all'art. 35, primo comma, Codice del consumo sarebbe di per sé meritevole di una sanzione diretta.

In questa ultima linea di pensiero, alcuni studiosi rilevano che l'obbligo di predisposizione di clausole chiare e comprensibili ha una portata generale ed è, pertanto, un parametro minimo necessario per consentire una scelta consapevole al consumatore. Ne consegue che la clausola che difetta di trasparenza deve essere sanzionata direttamente, e con una autonoma pronuncia di inefficacia (Masucci 1996, 1193; Giammaria 2003, 1015; Morelato 2008, 166; in giurisprudenza: Trib. Roma, 7 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 1999, 1057).

Nella medesima prospettiva, altra dottrina qualifica la sanzione diretta rispetto al difetto di trasparenza come una ipotesi di vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 36, primo comma, Codice del consumo. La dottrina qui menzionata perviene a tale soluzione collegando in maniera stretta la trasparenza e la prevenzione dello squilibrio contrattuale, e ricercando la sanzione attraverso una collocazione sistematica del precetto (Rizzo 1997, 827 e Barengi 2008, 227-228).

La giurisprudenza sembra seguire quest'ultimo orientamento; in particolare, la Corte di Appello di Roma ha stabilito che il difetto di trasparenza integra una ipotesi di vessatorietà della clausola, dal momento che tale requisito costituisce uno strumento per il raggiungimento dell'equilibrio contrattuale (App. Roma, 24 settembre 2002, in *FI*, 2003, I, 332, nota Palmieri; in *Contr.*, 2003, 113; in *GI*, 2003, 904; in *CG*, 2003, 47; in *GC*, 2003, II, 475; in *RDC*, 2003, II, 537).

Si veda, inoltre, la sentenza del Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *FI*, 2000, I, 2045, nota Palmieri e Laghezza; in *CG*, 2000, 496; in *Impresa*, 2000, 411; in *BBTC*, 2000, II, 207; in *Contr.*, 2000, 561; in *GI*, 2000, 1439; in *GC*, 2000, II, 211; in *Nuovo dir.*, 2000, 737; in *NGCC*, 2000, I, 473.

Sul punto, si segnala anche la seguente sentenza relativa al contratto di mutuo.

In un contratto di mutuo, l'accordo che prevede a carico del mutuatario il pagamento di una determinata somma per estinguere anticipatamente il debito, va ritenuta multa penitenziale e non clausola penale; la clausola che difetti in punto di chiarezza e comprensibilità deve essere dichiarata vessatoria.

(Trib. Bergamo, 10 maggio 2005, in *Contr.*, 2006, 592, nota di Vigoriti. Si veda inoltre: Trib. Roma, 3 marzo 2005, in *Guida al dir.*, 2005, 62)

Concludendo, tale orientamento dei giudici di merito appare essere pienamente condivisibile alla luce della *ratio* dello stesso art. 35 Codice del consumo: ed infatti, l'obbligo di trasparenza si svuoterebbe di significato se, al fine di applicare la sanzione, il giudice fosse costretto ad operare un accertamento ulteriore sulla concreta esistenza del pregiudizio.

Cristina Poncibò

Bibliografia

Barenghi A.

2008 *sub* art. 35, in Cuffaro V. (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Giuffrè, Milano, 227-228

Cian G.

1996 *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium Iuris*, 411-419

De Nova G.

1996 *Le clausole vessatorie*, Ipsoa, Milano, 39-41

Di Giovanni F.

1998 *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Giappichelli, Torino

Di Majo A.

2000 *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *CorG*, 527-529

Giammaria P.

2003, *sub art. 1469-quater*, in Alpa G., Patti S., (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice Civile. Commentario fondato da Schlesinger P. e diretto da Busnelli F.D.*, Giuffr , Milano, 1, 663 ss.

Lener G.

1996 *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *FI*, V, 145-166

Masucci S.T.

1996 *sub art. 1469-quater*, in Barengni A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Jovene, Napoli, 138 ss.

Minervini E.

1997 *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *BBTC*, I, 94 ss.

Morelato E.

2008 *sub art. 35* in Bonilini G., Confortini M. (a cura di), *Codice ipertestuale del Consumo*, Torino, Utet, 163-166

Palmieri A.

2003 Nota a App. Roma, 24 settembre 2002, in *FI*, I, 332 ss.

Palmieri A., Laghezza P.

2000 Nota a Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *FI*, I, 2045 ss.

Poncib  C.

2007 *Il consumatore medio*, in *CIE*, 734-757

Id.

2006 *Clausola di regolazione del premio, trasparenza dei contratti assicurativi e consumatore medio*, in *GI*, 258-263

Rizzo V.

1997 *sub art. 1469-quater*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Cedam, Padova, 827 ss.

Ruffolo U.

1997 (a cura di) *Clausole “vessatorie” e ‘abusive’*, *Gli artt. 1469-bis ss. cc. e i contratti con il consumatore*, Giuffr , Milano

Scognamiglio C.

1997 *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *RIDC*, I, 947 ss.

Sirena P.

1997 *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *BBTC*, I, 354 ss.

Id.

2003 *Commento all'art. 1469-ter*, in *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in Alpa G. - Patti S. (a cura di), Giuffr , Milano, 854 ss., spec. 869 ss.

Stella Richter P.

1997 *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *RTDPC*, 1027 ss.

Vigoriti L.

2006 *L'obbligo di chiarezza e comprensibilit  nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione (Tribunale di Bergamo, sez.3., 10 maggio 2005)*, in *Contr.*, 592-600